



## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 20
• Sección Primera	20 - 26
• Sección Segunda	26 - 33
• Sección Tercera	33 - 40
• Sección Cuarta	40 - 47
• Sección Quinta	48 - 49
• Sala de Consulta y Servicio Civil	49 - 52
• Noticias Destacadas	53

## Noticias destacadas

### EL CONSEJO DE ESTADO DESEA UNA FELIZ NAVIDAD Y UN VENTUROSO 2010

## EDITORIAL

Al culminar las actividades del presente año, quiero expresarle a todos los que hacemos parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa mis más sinceros agradecimientos por la gestión eficientemente cumplida. Es importante para la Presidencia de nuestra Corporación reconocer de todos los funcionarios y empleados el esfuerzo y dedicación observada en las actuaciones adelantadas y el sentido de pertenencia institucional. Sea esta la oportunidad para desearles a todos una feliz navidad y un Prospero Año 2010, deseo éste que hago extensivo a sus familias.

**Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta**  
Presidente

## JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

### SALA PLENA

#### 1. SE ANULAN VARIOS ARTÍCULOS Y EXPRESIONES DEL DECRETO 1910 DE 2009 DEL GOBIERNO NACIONAL

En ejercicio de la atribución del artículo 20 de la Ley 137 de 1994, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado realizó el control inmediato de legalidad del Decreto 1910 de 2009 “*Por medio del cual se reglamenta parcialmente el Decreto 4334 de 2008, la Ley 1116 de 2006, y el artículo 2º del Decreto 4591 de 2008 y se dictan otras disposiciones*”.

El Decreto objeto de control se ocupó de reglamentar lo correspondiente a la toma de posesión para devolver o liquidación oficial, como medidas de intervención sobre las actividades que motivaron el estado de emergencia económica declarado por el Gobierno Nacional con el Decreto 4333 de 2008 por la generalización de las actividades de captación irregular de dineros del público, fenómeno denominado popularmente como “pirámides”.

En el fallo, la Sala reiteró las características del control inmediato de legalidad sobre los decretos que expide el Gobierno Nacional en desarrollo de los decretos legislativos originados en estados de excepción, expuestas en sentencias anteriores y recientes por medio de las que ejerció el mismo control respecto de otros decretos.

En particular, con relación a las disposiciones del Decreto 1910 de 2009 que fueron anuladas, dijo la Sala:

**a) Artículo 7º**

“Sobre el inciso primero la Sala tiene varias observaciones qué hacer, previa enunciación del marco teórico del tema.

La norma crea una etapa o momento que no contempla el decreto 4334 de 2008, como es la expedición de una providencia que “apruebe y autorice la ejecución de pagos”. Esta decisión, según la norma transcrita, la debe expedir la Superintendencia de Sociedades una vez se resuelvan los recursos de reposición presentados contra la providencia que expide el Agente Interventor, por medio de la cual acepta o rechaza las solicitudes de devolución presentadas por las personas que aspiran a la devolución del dinero entregado a la persona intervenida.

En esta perspectiva -según el reglamento-, en firme la decisión del Agente Interventor, sigue la “aprobación y autorización de ejecución de pagos”. Valga decir que esta lógica es un poco similar -no idéntica- a la que existe para la liquidación judicial de empresas -ley 1.116-, donde el juez profiere los actos jurisdiccionales, pero el liquidador los ejecuta.

A partir de estas ideas, se deben resolver las siguientes las inquietudes: i) qué naturaleza tiene el acto de toma de posesión para devolución, y ii) si a la Superintendencia de Sociedades le corresponde expedir el acto de “aprobación y autorización de ejecución de pagos”.

Sobre el primer aspecto, la respuesta no resulta fácil, pues en varios artículos del decreto 4334 se dispone que la intervención de la Superintendencia es de naturaleza administrativa -arts. 3 y 7-; pero a continuación, incluso en esos mismos dos preceptos, y en otros más, se dispone, por ejemplo, que: “El presente procedimiento de intervención administrativa se sujetará exclusivamente a las reglas especiales que establece el presente decreto y, en lo no previsto, el Código Contencioso Administrativo. **Las decisiones de toma de posesión para devolver que se adopten en desarrollo del procedimiento de intervención tendrán efectos de cosa juzgada erga omnes, en única instancia, con carácter jurisdiccional**” -art. 3- (Negrillas fuera de texto). En este mismo sentido, los arts. 7 parágrafo 1, 8, 10, entre otros, también disponen lo mismo, de donde se deduce, finalmente, que se trata de un proceso de naturaleza jurisdiccional.

En cuanto al segundo interrogante, la Sala considera que el “acto de aprobación y autorización para la ejecución” le correspondería expedirlo al Agente Interventor y no a la Superintendencia de Sociedades -como lo dispone el reglamento analizado-, por dos razones esenciales: i) porque el decreto 4334 establece la facultad de dictar decisiones, al interior del proceso de toma de posesión, no sólo a cargo de la Superintendencia, sino también del Agente Interventor, para lo cual basta observar los artículos 10 lits. d) y f-), de manera que no necesariamente la Superintendencia tiene que hacerlo por este hecho; ii) porque -quizá esta razón es la más importante, pero requiere tener claro el anterior punto- el artículo 9.1. del decreto 4334 establece que el Agente Interventor “... tendrá a su cargo la representación legal... y la realización de los actos derivados de la intervención que no estén asignados a otra autoridad...” (Negrillas fuera de texto).

Por las razones anotadas la Sala declarará la nulidad de las expresiones “... solicitará a la Superintendencia de Sociedades, en su carácter de juez del proceso de toma de posesión para

devolver que...” y “La Superintendencia de Sociedades atenderá la solicitud dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción”, contenidas en el inciso primero del artículo analizado.

En cuanto al párrafo, se deben hacer estas otras observaciones.

Resulta que el decreto-ley 4705 de 2008 -que modificó parcialmente el decreto 4334 de 2008- fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional -según se analizó-, pero entre las modificaciones que pretendió introducir se encuentra la contenida en el art. 12, lit. d), que modificaba el art. 10, lit. d) del decreto 4334, pero que recuperó su vigencia por la declaración de inexecutable mencionada.

Resulta que mientras estuvo vigente el art. 12 del decreto 4705 se estableció que el Agente Interventor era quien expedía la providencia que aceptaba o rechazaba las solicitudes de devolución -en lo cual era idéntico al art. 10 lit. d) original del decreto 4334-, pero a continuación establecía -aquí está la diferencia más importante con el art. 10 lit. d) original- que contra esa decisión procedían objeciones, las que se debían resolver y “la anterior relación será remitida a la Superintendencia de Sociedades para su aprobación mediante providencia de carácter judicial...”.

Pues bien, el párrafo del art. 7 del decreto 1.910 de 2009 lo que establece es que en aquellos casos en que se hubiere adelantado el trámite previsto en el decreto 4705, pero no obstante eso, actualmente la Superintendencia no hubiere expedido la providencia de aprobación o de devolución correspondiente -a lo que se refería el art. 12 que ya no está vigente-, entonces “... a partir de la vigencia de este decreto -se refiere al 1.910- dicha Superintendencia, en su carácter de juez del proceso de toma de posesión, procederá a su aprobación y ordenará su ejecución de conformidad con lo establecido en el presente artículo.” (Anotación fuera de texto).

La Sala no puede aceptar lo prescrito en este párrafo, por la sencilla razón de que está reviviendo una etapa procesal y una competencia declarada inexecutable por la Corte Constitucional, ya que si el art. 12 del decreto 4705 no existe, mal podría la Superintendencia ejercer las facultades que allí se otorgaban.

El asunto no ofrece mayor discusión, lo que ocurre es que si se quedó en trámite en la Superintendencia la aprobación a que se refería el art. 12 del decreto 4705, es evidente que dicha entidad ya no puede resolver el tema, como lo pretende el párrafo del art. 7 analizado, puesto que ello equivaldría a revivir una etapa que ya no existe -la de aprobación de la respuesta a las objeciones presentadas por los afectados-, y también una competencia de la que carece la Superintendencia desde el día en que se declaró inexecutable el decreto 4705 -la de aprobar ese mismo acto-.

Por tal razón, el párrafo se declarará nulo, pues -se itera- una etapa que ya no existe en la ley no puede ejecutarse válidamente desde el momento en que se declaró la inexecutable del decreto-ley 4705, sin perjuicio que se continúe aplicando frente a los procesos que ya venían corriendo términos.”

#### **b) Artículo 9º**

“El proceso de liquidación judicial, según se acabó de indicar, y en los términos del art. 7 del decreto 4334, es una de las medidas posibles que puede adoptar la Superintendencia de Sociedades en el proceso de intervención sobre las empresas que captan recursos de manera ilegal. En esta medida, el inciso primero del artículo citado del reglamento guarda armonía con la ley, que se refirió al tema en los términos señalados.

En este mismo sentido, el inciso segundo también se ajusta a la ley, pero por razones distintas. En este evento, y una vez más, el artículo 15 del decreto 4334 dispone que se debe acudir a la ley

1.116 para regular lo no previsto en él, es por esto que un aspecto como ese -la forma como se hace la solicitud de inicio del proceso- puede seguirse por lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 1.116, que establece que podrá hacerse por medio de abogado o en forma directa.

La Sala no encuentra reparo alguno a esta posibilidad, pese a que rompe la regla general según la cual sólo los abogados pueden actuar ante los despachos judiciales -derecho de postulación-, salvo casos excepcionales previstos en la ley, como acontece en el presente, pero lo que debe quedar claro es que no es el reglamento el que establece la excepción, sino la ley 1116, de donde se toma la posibilidad.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo de la totalidad del párrafo primero de este artículo, porque si bien es aceptable que sea designado como liquidador el Agente Interventor, en atención a que no hay norma legal que lo prohíba, y por esta razón el decreto no la viola; lo inadmisibles es que no se de aplicación al artículo 67 de la ley 1.116, pues carece de sentido que esta norma, que precisamente regula cómo se designan los liquidadores, así como la forma de recusarlos o removerlos, la cantidad de procesos de liquidación que pueden atender, el sistema de ingreso a la lista de elegibles para ser designado liquidador, entre otros temas, no sea aplicable a un proceso que, precisamente, tiene la misma naturaleza del regulado en dicha ley.

La Sala declarará la nulidad de este aparte del párrafo 1, porque viola el art. 15 del decreto 4334, que señala: “En lo no previsto en el presente decreto, se aplicarán, en lo pertinente, supletivamente las reglas establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la toma de posesión y en el Régimen de Insolvencia Empresarial”, de manera que no puede el reglamento excluir la aplicación de una norma que es compatible con lo regulado en el decreto 4334.”

#### **c) Artículo 10**

“La Sala declarará la nulidad de esta norma, por las razones expuestas con ocasión del estudio del párrafo primero del art. 4 del decreto objeto de análisis, y por ello a dichas consideraciones se remite.

En tal sentido, ya se expuso que el art. 15 del decreto 4334 remitió a la ley 1.116 -entre otras disposiciones- para que “En lo no previsto en el presente decreto, se aplicarán, en lo pertinente, supletivamente las reglas establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la toma de posesión y en el Régimen de Insolvencia Empresarial”. Para la Sala, esta norma no puede reducirla el reglamento en su alcance, sin consideración técnica alguna, pues se limita a señalar que las audiencias no se aplicarán, pese a que la ley las contempla.

En este caso, las razones de la Sala para tomar esta decisión son aún más evidentes y claras, toda vez que resulta que las audiencias que pretende suprimir el decreto reglamentario son las del proceso de liquidación judicial, ni siquiera se trata de las del proceso de toma de posesión para devolución, de manera que no existe posibilidad alguna para que el reglamento impida hacer lo que la ley 1.116 expresamente contempla para dicho proceso judicial.

En otras palabras, es claro que una parte o algunas etapas de un proceso judicial -como el regulado en la ley 1.116-, al que remite el decreto 4334, no puede suprimirlas un reglamento -en este caso las audiencias-, en atención a que el art. 29 de la CP. dispone que las formalidades propias de cada juicio las establece el legislador -lo cual hizo a través de la ley 1.116-, luego, esta disposición no sólo vulnera el art. 15 del decreto 4334, y las normas pertinentes de la ley 1.116, sino que también atenta contra la Constitución Política; lo cual debe corregir esta Sala, anulando el artículo 10 analizado.”

#### **d) Artículo 11**

“Esta norma también será declarada nula, por razones técnicamente similares a las anotadas en relación al artículo anterior; es decir, ante lo expuesto con ocasión del párrafo primero del art. 4 del decreto objeto de análisis, y por ello a dichas consideraciones también se remite la Sala.”

**e) Artículo 12**

“Por las mismas razones expuestas en relación a los dos artículos inmediatamente analizados este también será anulado.”

**f) Artículo 15**

“Considera la Sala que esta norma no se ajusta a la ley reglamentada, porque crea un beneficio tributario, de indiscutible reserva legal, a favor de organizaciones no gubernamentales.

El vicio de ilegalidad consiste en que el decreto 4591 de 2008 estableció, en el art. 2, una serie de beneficios en favor de establecimientos de crédito y cooperativas autorizadas para ello, si ejercen su actividad crediticia en las regiones del país golpeadas por el fenómeno de la pirámides y demás actividades ilícitas afines.

En esta línea de pensamiento, un análisis simple del tema permite concluir fácilmente que el decreto-ley creó el incentivo a que se refiere para dos clases de instituciones financieras: los establecimientos de crédito y las cooperativas que pueden ejercer la actividad financiera. En este orden de ideas, es inadmisibles que el reglamento agregue a este listado una entidad más -las organizaciones no gubernamentales que otorguen microcréditos- cuando se sabe que una norma de esta jerarquía no puede arrogarse ese alcance.”

**g) Artículo 16**

“Considera la Sala que esta norma debe declararse nula, porque trata una materia que sólo la ley puede desarrollar, como es la responsabilidad personal de los Agentes Interventores.

En concreto, este artículo se ocupa de tres aspectos: i) de los asuntos a que se concreta la faceta de la responsabilidad que allí se regula -fiscales, parafiscales, aduaneros, cambiarios o derivados de tasas y contribuciones nacionales o territoriales-, ii) del tiempo durante el cual opera la responsabilidad personal de los Agentes Interventores -mientras ejerzan el cargo- y iii) de los eximentes de responsabilidad -cuando por fuerza mayor o caso fortuito no pudiesen cumplir con las obligaciones-.

Para la Sala es claro que estos tres aspectos son materias reservadas a la ley, y concretamente a cada una de las que actualmente desarrollan el tema, de allí que el reglamento no puede añadir contenidos de ningún alcance. Esta idea tiene fundamento en los arts. 6 y 124 de la Constitución Política, según los cuales la responsabilidad de los particulares y la de los servidores públicos debe asumirla la ley.”

[Sentencia de 9 de diciembre de 2009. Exp. 11001-03-15-000-2009-00732-00. M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO](#)

## ACCIONES CONSTITUCIONALES

### TUTELAS

#### **1. a) Un acto de ejecución puede ser demandado en acción de tutela, ante la inexistencia de otro medio de defensa judicial**

En el caso concreto, Pretende el señor Germán Angulo Ramos, la protección constitucional de sus derechos a la supremacía de la Constitución y la ley, la vida, la igualdad, el trabajo, el debido proceso, la familia, la protección a la tercera edad, la remuneración mínima, vital y móvil, el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones y la buena fe, a su juicio vulnerados por el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia del Ministerio de la Protección Social, al expedir la Resolución No. 1755 de 2 de diciembre de 2008, que rebajó considerablemente y de manera ilegal el monto de su pensión de jubilación, hecho que vulnera su mínimo vital y móvil.

La vulneración de los derechos invocados se entiende a partir de la expedición de la Resolución No. 1755 de 2 de diciembre de 2008, que revocó las resoluciones que por orden judicial reliquidaron la pensión del señor Germán Arturo Angulo Ramos, reajustó su mesada pensional para el 2008 en la suma de dos millones quinientos cuarenta y cinco mil quinientos treinta y nueve pesos con setenta y siete centavos (\$2.545.539.77), y ordenó al actor el reintegro a la Administración de trescientos noventa y un millones doscientos cuarenta y dos mil ochocientos cuarenta y cinco pesos (\$391'242.845.01). Con base en lo dicho, podría pensarse en la improcedencia de la acción en tanto se trata de enervar los efectos de un acto administrativo del cual se presume su legalidad, y por ende es únicamente competente para declarar lo contrario el juez de la causa (de lo contencioso administrativo), empero, visto el contenido, motivación y decisión del aludido acto se colige que es de ejecución, expedido como consecuencia de unas sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores de Distritos Judiciales de Santa Rosa de Viterbo, Bogotá y Pamplona - Sala de Decisión Civil, Familia y Laboral. Así las cosas, no cuenta el actor con otro medio de defensa judicial, en tanto se trata de un acto de ejecución contra el cual no procede ningún recurso en la vía gubernativa (artículo 49 CCA), o las acciones ordinarias en la vía contencioso administrativa, por tratarse de un acto que no obedece a una decisión autónoma de la Administración sino al cumplimiento de una orden judicial.

#### **b) Ajustar una mesada pensional por orden de un juez de la República no constituye arbitrio de la administración, ni vulnera los derechos fundamentales del afectado**

La Sala considera que no tiene discusión alguna el hecho de que en cumplimiento de unas sentencias judiciales proferidas por sendos Tribunales Superiores de Distrito Judicial, que revocaron las decisiones de distintos Jueces Laborales que reconocieron y pagaron ciertas acreencias laborales al actor, por virtud de lo cual fue reajustada su mesada, la Entidad demandada hubiere tomado la determinación de desmontar los reajustes, por cuanto al desaparecer el sustento de los derechos otrora reconocidos judicialmente al actor, conlleva necesariamente que aquello accesorio corra con la misma suerte, en otras palabras, si el reconocimiento de los derechos salariales con base en los cuales fue reliquidada la pensión de manera que acrecentó su monto, es revocado por un juez debidamente facultado para hacerlo, es claro que dicha reliquidación fuera eliminada también, porque “lo accesorio conlleva la suerte de lo principal”. En consecuencia, el desmonte del reajuste, como bien lo indica el Grupo Interno de Trabajo en la Resolución No. 1755 de 2008, no fue una determinación que obedeció a su arbitrio, sino a la determinación de un juez.



Ahora bien, según se observa de los desprendibles de pago aportados por el actor al plenario a folio 45 y s. el monto del ingreso total por concepto de pensión de jubilación del actor en el mes de diciembre de 2008, después de efectuado el desmonte del reajuste previamente señalado, ascendió a dos millones quinientos cuarenta y cinco mil quinientos treinta pesos con setenta y siete centavos (\$2.545.530.77), suma de la cual deben sustraerse los dos embargos impuestos por el Juzgado Familia de Barranquilla cada uno por valor de seiscientos treinta y ocho mil trescientos ochenta y cuatro pesos (\$638.384), para un total de un millón doscientos setenta y dos mil setecientos sesenta y ocho pesos (\$1.272.768), sin que se reporten más descuentos en los desprendibles de pago, lo que indica que el neto a recibir por el actor en el mes y años aludidos ascendió a la suma de un millón doscientos setenta y dos mil setecientos setenta y un pesos con setenta y siete centavos (\$1.272.771.77). En el año 2009, la mesada quedó en dos millones setecientos cuarenta mil setecientos ochenta y dos pesos con sesenta y siete centavos (\$2.740.782.67), de la cual deben sustraerse también los embargos impuestos por el Juzgado de Familia de Barranquilla, por valor de un millón trescientos setenta mil trescientos noventa pesos (\$1.370.390), para un neto a pagar por mesada pensional a favor del señor Angulo Ramos de un millón trescientos setenta mil trescientos noventa pesos (\$1.370.392.61). Por lo anterior, la Sala no encuentra que la decisión contenida en el artículo segundo de la Resolución No. 1755 de 2008, relativa a ajustar la mesada del actor en dos millones quinientos cuarenta y cinco mil quinientos treinta pesos con setenta y siete centavos (\$2.545.539.77), por orden judicial, transgreda los derechos fundamentales del actor, porque como se indicó, tal determinación no fue producto del arbitrio del GIT, sino que obedeció a la orden de un juez de la República facultado para ello; por lo demás, el hecho de que como lo afirma el tutelante, en la actualidad perciba la suma neta de \$1.370.392.61, del total de \$ 2.740.782 a que asciende su pensión, es producto de los embargos que sobre esta pesan, impuestos por el Juzgado de Familia de Barranquilla, los cuales se encuentran dentro del límite impuesto para los descuentos con que puede afectarse la pensión de jubilación, según los Decretos 994 de 2003 y 1073 de 2002.

**c) No es posible exigir el reintegro de unas sumas de dinero que le fueron pagadas de buena fe, y en cumplimiento de órdenes judiciales vigentes para dicha época**

La Sala se referirá al contenido del NUMERAL TERCERO de la Resolución No. 1755 de 2008, que indica literalmente que *“En virtud de la revocatoria del fallo de primera instancia ANGULO RAMOS, debe reintegrar a la administración trescientos noventa y un millones doscientos cuarenta y dos mil ochocientos cuarenta y cinco pesos con 01/100 (\$391.242.845.01)”*, en vista de que se observa que el actor aludió a tal situación indicando que la Administración presumió su mala fe y ordenó el pago de sumas de dinero que no le ha pagado. En ese orden de ideas, es deber de la Sala, en ejercicio del poder oficioso concedido al juez de tutela por el Decreto 2591 de 1991, efectuar un análisis de la actuación descrita, esto es, de la condena impuesta por el Grupo Interno de Trabajo para el Pasivo Social de Puertos de Colombia al señor Germán Arturo Angulo Ramos, de restituir a la Administración la suma de trescientos noventa y un millones doscientos cuarenta y dos mil ochocientos cuarenta y cinco pesos con 01/100 (\$391.242.845.01).

Según se ha dicho reiteradamente, el fundamento del acto administrativo 1755 de 2008, es el cumplimiento de sendos fallos proferidos por la Jurisdicción Laboral que revocaron el reconocimiento de unas acreencias laborales a favor del actor con base en las cuales fue reajustada posteriormente su mesada pensional, y en consecuencia, también fue desmontado el reajuste de esta. Visto el contenido de los aludidos fallos obrantes de folio 211 a 284, y verificado que corresponden a aquellos fundamento de la Resolución 1755 de 2008, la Sala observa que las órdenes en ellos impartidas, concuerdan en revocar las sentencias consultadas y en su lugar, absolver a Foncolpuertos de las condenas otrora impuestas relativas al pago de ciertas acreencias laborales de carácter convencional a favor del señor Germán Angulo Ramos. No obstante, verificado el aparte resolutivo de aquellos, no se vislumbra asomo alguno que permita siquiera inferir que una orden al Grupo Interno de Trabajo para el Pasivo Social de Puertos de Colombia de imponer al demandante la condena de restitución de trescientos noventa y un millones doscientos cuarenta y dos mil

ochocientos cuarenta y cinco pesos con 01/100 (\$391.242.845.01). En ese orden de ideas, se echa de menos el fundamento para tal condena.

El artículo 83 de la Constitución Política indica expresamente que *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”*. Del mismo modo, indica el artículo 136, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, al precisar el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que **no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.** Es así como el principio constitucional de la buena fe conlleva una presunción inescindible de las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, y como tal no requiere declaración judicial, empero, en caso de su flagrante desconocimiento, si es tarea del juez constitucional desplegar las actuaciones necesarias para su prevalencia.

Con base en las circunstancias del caso concreto, la Sala vislumbra una actuación reprochable del Grupo Interno de Trabajo para el Pasivo Social de Puertos de Colombia, en tanto dio cumplimiento a unos fallos y desembolsó sumas de dinero a favor del administrado, generando en este el convencimiento y la legitimidad para recibirlas, a pesar de que no se encontraban debidamente ejecutoriadas por no haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta, que únicamente se verificó más de seis años después de proferidos los fallos con base en los cuales se pagaron los dineros al actor. Por lo anterior, no encuentra la Sala razón válida para que se le exija al actor de tutela el reintegro de unas sumas de dinero que le fueron pagadas de buena fe y en cumplimiento de órdenes judiciales vigentes para dicha época. Ahora, a juicio de la Sala, si la Administración considera imperioso para proteger el patrimonio público de la Entidad y lograr el reintegro de lo indebidamente pagado, tiene a su alcance las acciones de tipo penal, laboral o contencioso administrativas, para demostrar la mala fe y el posible enriquecimiento sin causa del señor Angulo Ramos.

A partir de lo expuesto, la Sala considera necesario proteger como mecanismo definitivo el derecho a la buena fe del señor Germán Angulo Ramos, por consiguiente, dejará sin efectos el ARTICULO TERCERO de la Resolución 01755 de 2 de diciembre de 2008, que indica lo siguiente; *“En virtud de la revocatoria del fallo de primera instancia ANGULO RAMOS, debe reintegrar a la administración trescientos noventa y un millones doscientos cuarenta y dos mil ochocientos cuarenta y cinco pesos (“391.242.845.01”)*, sin perjuicio de que la Administración inicie las acciones judiciales pertinentes para tal cometido, y logre una orden judicial de reintegro de los dineros pagados al actor como producto de la revocada reliquidación de su pensión de jubilación.

**[Sentencia de 29 de noviembre de 2009, Exp. 25000-23-15-000-2009-01332-01\(AC\), M.P.: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)**

## **2. a) Posibilidad de las personas jurídicas de presentar acciones de tutela para la protección de sus derechos fundamentales**

Teniendo en cuenta que la actora de tutela es una persona jurídica, es preciso dilucidar la posibilidad que le asiste para solicitar mediante acciones constitucionales como la *sub lite*, la protección de sus derechos fundamentales en los términos del artículo 86 de la Constitución Política. En concordancia con lo indicado por la Corte Constitucional, la naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales, conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables. Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de



correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros. En conexidad con ese reconocimiento, las personas jurídicas tienen todas, sin excepción, los enunciados derechos y están cobijadas por las garantías constitucionales que aseguran su ejercicio, así como por los mecanismos de defensa que el orden jurídico consagra. De allí que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.

**b) La acción de tutela contra providencias judiciales es procedente, si se vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia o el debido proceso**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en manifestar que las acciones de tutela contra providencias judiciales son improcedentes cuando el demandante tenga a su alcance otro medio de defensa judicial o cuando teniéndolo no lo haya utilizado. Por ello es preciso advertir que la acción de tutela no tiene por objeto revivir términos judiciales expirados, ni constituye una instancia más dentro de un proceso ordinario, máxime cuando la persona afectada ha tenido a su disposición los recursos de ley y ha agotado las instancias existentes. Tratándose de tutela contra providencia judicial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación viene afirmando su improcedencia fundada tanto en la declaratoria de inexequibilidad que de los artículos 11 y 40 del Decreto No. 2591 de 1991 hiciera la Corte Constitucional en sentencia C - 543 del 1º de octubre de 1992, como en el hecho de que la existencia de una providencia, presupone que quien intenta la acción, ya hizo uso del medio de defensa judicial ordinario o especial con el que contaba y en el cual dispuso de recursos e incidentes a través de los cuales pudo hacer valer sus derechos. Ha dicho la Sala que de aceptar la procedencia podrían quebrantarse pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, como la cosa juzgada de las sentencias, el principio de la seguridad jurídica y hasta se correría el riesgo de incurrir en usurpación de jurisdicción y desnaturalizar la institución de la tutela. Los anteriores argumentos son compartidos en su integridad por esta Subsección, no obstante, es aceptable acudir mediante acción de tutela para controvertir una providencia judicial, cuando con ella se haya vulnerado el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia, caso en el cual se podrían tutelar los derechos vulnerados siempre que aparezca clara su trasgresión. Dicha posición es procedente en tanto los pilares que se pretenden proteger con la improcedencia de la tutela en el caso de providencias judiciales, no han sido afectados por no haber sido adelantado el proceso, caso en el cual no es posible hablar de cosa juzgada, seguridad jurídica, etc. En atención a lo expuesto, estima la Sala necesario precisar que la procedencia de la acción de tutela, en estos particulares casos, resulta viable sólo si los alegatos de la demanda se encuentran sustentados en la violación de derechos fundamentales constitucionales relacionados con el debido proceso y el derecho de defensa (art. 29) o con el acceso a la administración de justicia (art. 238), por tratarse precisamente de garantías esenciales de un proceso de tal naturaleza.

**c) El acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental, ligado al núcleo esencial del debido proceso**

El objetivo fundamental del debido proceso no es otro que la preservación del valor material de la justicia, situación que demanda de las autoridades públicas, que sus actuaciones estén destinadas a preservar las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en la Constitución y en la ley. En sentido amplio, el concepto de *debido proceso* encierra a su vez la protección de ciertas garantías mínimas como el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural, se ha integrado entonces el derecho al acceso a la administración de justicia con el núcleo esencial del derecho al debido proceso, irrogándole el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata. El derecho al acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva o a obtener

una pronta y cumplida justicia, se traduce en la posibilidad de todas las personas de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces de la República, con el fin de lograr la integridad del orden jurídico y la protección o el restablecimiento de sus derechos, con sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. La posibilidad material de las personas naturales o jurídicas de demandar justicia, impone el deber correlativo de las autoridades judiciales, como titulares del poder coercitivo del Estado y garantes de todos los derechos ciudadanos, de generar las condiciones mínimas para que el acceso al servicio sea real y efectivo, no vale pues, que el ciudadano accione el aparato judicial y que existiendo las condiciones fácticas y probatorias, no se efectúe un adecuado análisis de estas y, de ser procedente, se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas. En vista de la relación directa con el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, según lo ha indicado la Corte Constitucional, constituye un derecho de contenido múltiple o complejo, cuya efectividad comprende, entre otros, el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas.

**d) Los fallos inhibitorios tienen carácter excepcional y deben obedecer a motivos debidamente fundamentados**

Una vez otorgada una competencia a determinada autoridad judicial, se exige de ella que la agote y resuelva el fondo mediante sentencia de mérito, siempre que se den los presupuestos de ley, en caso contrario, la inhibición en que incurra constituye un comportamiento anómalo y censurable del operador jurídico, por cuanto su función ampliamente conocida, es resolver con todas las garantías una controversia judicial. A juicio de la Sala, una inhibición no justificada es ajena a los deberes constitucionales y legales del juez y configura una verdadera denegación de justicia. No obstante, en casos extremos, ante la falta de alternativas del juez que obedezca a motivos debidamente fundamentados, puede presentarse un fallo inhibitorio, pero, se reitera, es esta la excepción. En ese evento, debe el juez de tutela efectuar una valoración sopesada de la decisión inhibitoria, a fin de establecer que el juez de la causa no haya tenido otra alternativa, de manera que no se presente una obstrucción de justicia, el desconocimiento del derecho sustancial y de acceder a la administración de justicia.

**e) No debe trasladarse al administrado los errores en la notificación de los actos administrativos**

En el caso concreto, se trata de analizar si la determinación inhibitoria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por encontrar probada la caducidad de la acción, se enmarca dentro de los postulados del debido proceso y el eficaz acceso a la administración de justicia. Es así como debe sopesarse la posición del Tribunal de dar prevalencia a la notificación por conducta concluyente frente a la notificación personal del acto administrativo 1206 de 25 de agosto de 2005, para efectos de contabilizar la caducidad de la acción. El artículo 48 del Código Contencioso Administrativo, pone de presente la solución legal cuando se efectúe una indebida notificación de un acto administrativo, caso en el cual, los efectos legales de la misma se tendrán por inexistentes a menos que la parte interesada convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales, es decir, es menester estar de acuerdo con la indebida notificación o convalidarla utilizando los recursos procedentes. Según se observa en el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho allegado a esta instancia, y se dejó visto en el numeral 3° del acápite considerativo, el acto administrativo surtió una primera notificación por edicto, la cual fue anulada en atención al escrito presentado por el Banco GNB Sudameris, en el cual puso de presente la indebida notificación que del acto se efectuó, dado que no se había intentado personalmente, lo cual contrariaba el debido proceso; que se entendiera notificado el acto el 27 de octubre de 2005; el pago del crédito y la solicitud de exoneración del pago de intereses. Es entonces con base en el escrito previamente aludido, que se demuestra claramente que el Banco no convalidó la indebida notificación del acto administrativo que agotó la vía gubernativa, y en consecuencia, la Superintendencia Financiera dispuso la corrección de la misma y desplegó una nueva, ahora sí, de manera personal, el 5 de diciembre de

2005. Observado lo anterior, es claro que no convergen los requisitos contenidos en el artículo 48 del CCA - que se convenga en la indebida notificación o se utilicen los recursos legales- para que se presente la notificación por conducta concluyente, como lo precisó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la providencia objeto de tutela. Por tanto, debe entenderse que los efectos legales del acto administrativo corrieron a partir del 5 de diciembre de 2005; pensar lo contrario, haría inexistente una notificación legal y daría prelación a una ilegal bajo el supuesto de haberse desplegado el pago del crédito contenido en el acto administrativo, lo cual no tiene injerencia alguna, en tanto el Banco lo efectuó, estando en todo su derecho, para evitar el cobro de intereses, empero, se repite, tal circunstancia no invalida la notificación personal del acto. No resulta razonable trasladar al administrado el error de la Administración frente a una indebida notificación de un acto administrativo, máxime teniendo en cuenta que aquel, de buena fe, manifestó el yerro y en tal virtud, este fue corregido, todo con el propósito de desplegar la defensa de sus intereses, como ocurrió, presentando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término indicado por la ley, contado a partir de una notificación legal. No puede entenderse que el ordenamiento jurídico en un Estado Social de Derecho se interprete en contra del administrado, trasladándole un error que únicamente debe asumir la Administración, con lo cual se impide el eficaz acceso a la administración de justicia del interesado y se desconoce el principio de la buena fe que debe imperar en todas las actuaciones de los ciudadanos ante el Estado, por expreso mandato constitucional.

Por todo lo anterior, la Sala accederá a la protección constitucional deprecada por el Banco GNB Sudameris; en consecuencia, dejará sin efectos la providencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", el 13 de agosto de 2009, mediante la cual dicha Sala de Decisión se declaró inhibida para fallar por caducidad de la acción, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2006-00785-01, iniciada por el Banco GNB Sudameris contra la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera; y ordenará a dicha autoridad judicial, emitir un pronunciamiento de fondo al respecto.

[Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Exp.: 11001-03-15-000-2009-01074-00\(AC\). M.P.: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

**3. a) La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es incompetente para suprimir instancias de decisión de los procesos asignados a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa**

Según el artículo 256 [3] de la Constitución Política corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios judiciales, así como de los abogados en el ejercicio de su profesión en la instancia que señale la ley. En el mismo sentido, los artículos 111 y 112 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (270 de 1996) atribuyen la función jurisdiccional disciplinaria a esa Corporación. En ese orden de ideas, es claro que el Consejo Superior no tiene competencia constitucional ni legal para suprimir las instancias de decisión de los procesos que por disposición expresa del Constituyente (art. 237 [1] CP) y del Legislador (art. 82 del CCA) están asignados a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, cuyo Tribunal Supremo y de cierre es el Consejo de Estado. Coherentemente, ni siquiera bajo el pretexto de actuar como juez de tutela, existe competencia para que otro juzgador revise las decisiones judiciales que, de manera privativa, se encuentran a cargo del Consejo de Estado, pues, de admitir esa hipótesis se rompería la estructura del actual del Estado Social de Derecho y se crearían jurisdicciones paralelas, no previstas por el Constituyente, a partir de mecanismos subsidiarios de control como la tutela.

**b) Razones para la improcedencia de la tutela contra providencia judicial**

Aunque el artículo 86 de la Constitución faculta a toda persona a formular acción de tutela, cuando estime que sus derechos constitucionales han sido vulnerados o se encuentran amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, caso en el cual, si se accede a la solicitud, el juez ordenará que la autoridad actúe o se abstenga de hacerlo, los mandatos del juez de tutela no pueden dirigirse a otro juez en cuanto a su función de administrar justicia, toda vez que resulta jurídicamente inaceptable, conforme con los principios de autonomía e independencia que rigen la actividad judicial, impartir instrucciones a un juzgador con el fin de que resuelva un asunto bajo su conocimiento de una u otra manera. Mucho menos puede el juez de tutela suplantar al competente y dictar sentencia de reemplazo. La acción de tutela no puede ser utilizada para atacar, invalidar o controvertir providencias judiciales, conforme lo decidió la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 1992, cuando declaró en la parte resolutive - única que vincula con efecto de cosa juzgada constitucional - inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que consagraban la viabilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales que pusieran fin a un proceso. En perfecta coherencia con lo anterior, esta Sección tiene establecido que como las normas que consagraban la posibilidad de interponer acción de tutela contra providencias judiciales fueron declaradas inexecutable, resulta inadmisibles que se persista en su procedencia. Ahora bien, la acción de tutela no procede ni cuando se argumente que se configura una vía de hecho o que el juez ha cometido “errores protuberantes o groseros”, pues semejantes calificaciones se traducen en interpretaciones y criterios eminentemente subjetivos que dependerán, en cada caso, del alcance que a bien tenga darle un juzgador a la decisión de otro. Si el juez incurriere en los errores a que se aludió en el párrafo anterior o en yerros inexcusables en la aplicación de la ley, además de la oportunidad que tiene el afectado para hacer uso de los recursos, puede acudir a otras vías legales en demanda de indemnizaciones civiles, administrativas o de los correctivos penales o disciplinarios a que hubiere lugar.

Cabe anotar que la procedencia de la acción de tutela respecto de decisiones judiciales, requiere de la existencia de norma o precepto constitucional expreso y previo y supone una regulación normativa concreta, específica y singular, lo cual no acaece en Colombia, por lo que el ejercicio de esta acción constitucional en las actuales circunstancias no es admisible, por injurídica, impertinente y extraña a nuestro ordenamiento jurídico. Así lo imponen postulados que protegen el interés general, público, común y social, la imprescindible certeza jurídica, la confianza en las instituciones, la preservación de la existencia, organización y funcionamiento del servicio público inherente al derecho constitucional fundamental de acceso a la justicia, su prestación regular y la autonomía e independencia de los jueces. No es posible, ante la ausencia de la mencionada preceptiva jurídica, admitir la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues ello quiebra la estructura política del Estado, conforme a la cual corresponde privativamente al legislador -no a los jueces- con sujeción a la Constitución Política, establecer las normas que reglamenten la tutela.

**c) El Consejo Superior de la Judicatura no puede, vía tutela, usurpar las competencias del juez ordinario. Invalidez de fallo de tutela por incompetencia funcional**

La Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se tomó la atribución de superior funcional del Tribunal y con la usurpación de la facultad de reexaminar el caso, de hacer el estudio de los medios probatorios, y de precisar cuál era la jurisprudencia aplicable, dejó sin efecto la sentencia de 10 de mayo de 2007 del Consejo de Estado y confirmó la del a quo. Por ello, ante tan grande irregularidad, la correspondiente medida correctiva, es la declaratoria de invalidez del fallo de tutela de 19 de febrero de 2008 por ausencia de competencia funcional (artículos 140 y s.s. del CPC).

Dentro del sistema constitucional colombiano (art. 6 CP) no se admiten atribuciones implícitas ni facultades de alcance indeterminado de allí el mandato de que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones. En el caso de los servidores judiciales, sólo pueden administrar justicia quienes

están revestidos de jurisdicción y competencia; razón por la cual el artículo 228 superior prevé que esta función es autónoma y desconcentrada. No es posible preservar la autonomía e independencia judicial si se admite que un juez ajeno al proceso, verbigracia el de tutela, quien probablemente tiene especialidad distinta y actúa por fuera de los recursos ordinarios y extraordinarios previstos por el ordenamiento, asuma el conocimiento del asunto y lo decida. El Constituyente estableció jurisdicciones separadas y autónomas (Título VIII de la Constitución) para que su funcionamiento sea independiente y desconcentrado (artículo 228 CP), por tanto, no es posible para el juez constitucional penetrar en el ámbito de decisión de las jurisdicciones ordinaria y administrativa, con el fin de resolver puntos de derecho a cargo de éstas; aceptar lo contrario es tanto como aseverar que existe jerarquía de jurisdicciones en el ordenamiento colombiano, circunstancia no prevista en la actual normatividad.

De acuerdo con lo expuesto, en el presente caso es evidente la improcedencia de la acción de tutela que falló el Consejo Superior, se reitera, en razón de la autonomía e independencia que ostenta el juez natural del proceso, esto es, la Sección Segunda del Consejo de Estado, quien contaba con fundados elementos de juicio para determinar las normas aplicables a la controversia y, valorar la utilidad, pertinencia y procedencia de las pruebas, en tanto que la Corporación demandada no tenía la inmediatez y especialización para conocer el asunto en comento. En consecuencia, dada la absoluta improcedencia de la acción de tutela contra la sentencia de 10 de mayo de 2007, proferida por la Subsección A de la mencionada Sección, además de que el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria excedió en forma ilegítima su facultad de juez de tutela al suprimir la segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que el accionante formuló contra la Defensoría del Pueblo, la Sala declarará que el fallo de 19 de febrero de 2008 carece de validez.

[Sentencia de 28 de octubre de 2009, Exp. 11001-03-15-000-2009-00221-00\(AC\), M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

\* Con salvamento de voto del Consejero Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

**4. a) Al practicarse el examen de retiro del Ejército Nacional, se debe tener en cuenta las condiciones particulares del solicitante. Trato diferenciado a personas en situación de inferioridad manifiesta**

Se reclama la protección constitucional de los derechos a la salud, en conexidad con la vida y a obtener un concepto de la Junta Médico Laboral sobre el estado de salud del actor a través del cual, se puedan establecer los derechos y prestaciones a que éste pudiese eventualmente acceder.

Sobre la situación particular del actor, se puede establecer que prestó el servicio militar como soldado regular, lo que supone que al momento de su incorporación, se encontraba en normal estado de salud física y mental. De los documentos aportados como prueba se desprende, que el actor ha recibido tratamiento médico psiquiátrico en la Clínica de Nuestra Señora de la Paz por orden del Juzgado 14 de Instrucción Penal Militar a raíz de un proceso penal en el que el demandante fue sindicado como autor del delito de homicidio; hecho éste que se habría presentado cuando el accionante, estando en servicio activo, dio muerte a uno de sus compañeros. Se infiere de las solicitudes elevadas por el padre del actor ante la entidad demandada, que en el momento de la comisión del hecho punible de homicidio, John Edwin Herrera Sandoval, padecía una enfermedad psiquiátrica que determinó que el Juzgado 6 Penal Militar lo juzgara como inimputable.

La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional fundamentó su negativa a la convocatoria de la Junta Médico Laboral, en que la inexistencia de los respectivos exámenes médicos de retiro obedeció a la propia negligencia e inactividad del interesado para su práctica. Frente a esa posición y, a partir de lo analizado en el punto anterior relativo a la salud mental del paciente, la Sala considera que la



aplicación objetiva que hace la demandada de las reglas del Decreto 1796 de 2000 y sin realizar miramiento a las condiciones particulares de debilidad manifiesta que presenta el solicitante y que determinaron su internamiento en centro médico especializado, no obedece a una evaluación ponderada del derecho a la igualdad pues, no se observa la aplicación diferente de la norma, frente a una persona que debe tratarse en consideración a su patología que la ubica en situación de inferioridad manifiesta.

Corresponde entonces a la garantía de derecho al debido proceso administrativo del actor, dirigido a orientar una futura actuación administrativa para una reclamación prestacional, que pueda obtener de la Junta Médico Laboral el concepto que establezca las incidencias de su patología para que a continuación, si es del caso, reclame los eventuales derechos prestacionales que se deriven del dictamen rendido por la autoridad competente.

**b) La prescripción como fenómeno jurídico a través del cual se adquieren o extinguen derechos, puede predicarse sólo respecto de quien haya sido titular del derecho pretendido, pero no frente a aquel que no ha podido acceder a éste.**

No es de recibo para esta Corporación, sustentar la negativa a la convocatoria de la autoridad médica laboral en la prescripción de las prestaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 del Decreto 1796 de 2000. Lo anterior, por cuanto la prescripción como fenómeno jurídico a través del cual se adquieren o extinguen derechos, puede predicarse sólo respecto de quien haya sido titular del derecho pretendido. Es procedente entonces alegar que ha operado la prescripción extintiva de un derecho, únicamente frente a quien fue su titular pero no frente a aquel que no ha podido acceder a éste, como ocurre en el caso del accionante, quien al no ser valorado médicamente por la Junta Médico Laboral, tiene vedada la posibilidad de presentar cualquier reclamación indemnizatoria o prestacional por su estado de salud actual que lo atribuye a secuelas del servicio militar que prestó. En el caso bajo examen no admitir la práctica de evaluación médica impide que se reúna el requisito para solicitar el reconocimiento de un derecho prestacional como sería una posible pensión de invalidez. Además es necesario tener en cuenta que muy posiblemente las condiciones, al parecer deficitarias de salud mental de actor, fueron la causa de que no se presentara al examen médico de retiro en el plazo señalado en la norma.

Bajo los anteriores razonamientos, la Sala concluye que el derecho fundamental a la vida en condiciones dignas del señor John Edwin Herrera Sandoval, resulta amenazado en razón a la denegación de de la práctica de examen psicofísico y, en consecuencia, por hallarse, en condiciones de debilidad manifiesta debido a la enfermedad mental que padece, debe garantizarse su derecho a la igualdad respecto a la no aplicación con rigor de las normas que reglamentan la práctica del examen médico que reclama. Por lo tanto se impone a la autoridad pública el deber, como ya atrás se dijo, de concederle en este sentido, un tratamiento diferenciado. En consecuencia, se confirma la sentencia de primera instancia que tuteló los derechos a la vida y a la salud.

[Sentencia de 3 de diciembre de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2009-00900-01\(AC\). M.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

## ACCIONES POPULARES

**1. a) El derecho colectivo al goce del espacio público no puede estimarse conculcado frente a bienes fiscales**

Los bienes patrimoniales o fiscales, también conocidos como propiamente estatales, pertenecen a una persona jurídica de derecho público de cualquier naturaleza y de manera general están destinados a la prestación de las funciones públicas o de servicios públicos, su dominio corresponde



al Estado, “pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes”, es decir el Estado los posee y los administra de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad. Por su parte, los bienes de uso público universal, igualmente conocidos como bienes públicos del territorio, son aquellos cuyo dominio resulta también del Estado pero su uso pertenece a todos los habitantes del territorio y están a su servicio permanente. Como ejemplo de ello se relacionan las calles, plazas, parques, puentes, caminos, ejidos, etc. A partir de tales características se impone que ninguna entidad estatal tiene sobre ellos la titularidad de dominio equivalente a la de un particular, por estar destinados al servicio de todos los habitantes. Sobre ellos el Estado ejerce básicamente derechos de administración y de policía, con miras a garantizar y proteger su uso y goce común, por motivos de interés general.

En el caso concreto, el actor le atribuye a los demandados la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, por cuanto el Municipio de Villavicencio viene permitiendo que en un inmueble que le fue donado por la Junta de Acción Comunal del barrio Dos Mil para su funcionamiento como centro de enseñanza preescolar, opere un culto religioso, con lo cual se reducen las jornadas educativas, se obstaculizan las actividades relacionadas con dicho fin, y se afecta la total utilización del área del bien. El bien objeto de la inconformidad del actor lo constituye un lote de terreno ubicado en la ciudad de Villavicencio, distinguido con el número 24 de la Manzana “D” del barrio Dos Mil, carrera 18ª número 25A-09 calle 25 número 18A-06-08, identificado con el número catastral 01-04-296-0013-000 y matrícula inmobiliaria 230-0065188, cuyo dominio y posesión lo donó la Junta de Acción Comunal del barrio Dos mil, a través de su representante legal, al Municipio de Villavicencio, con el compromiso de que este último lo destinara al funcionamiento del centro de enseñanza preescolar, lo cual se cumple en la actualidad. En consecuencia, no hay duda que el inmueble en cuestión es un bien fiscal. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 82 de la Carta Política, es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. El Decreto 1504 de 1998, acoge en su artículo 2° la definición antes transcrita y en el su artículo 3°, ibídem, precisa que comprende los siguientes aspectos: a) Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo; b) Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público; c) Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este decreto. De conformidad con lo antes expuesto, el bien propiedad del Municipio de Villavicencio que constituye la inconformidad del actor, donde funciona una escuela de preescolar, no se reputa bien de uso público sino bien fiscal. Por ende, no constituye espacio público y en modo alguno puede estimarse conculcado el derecho colectivo previsto en el literal d) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998. De otra parte el bien tampoco viene ocupando espacio público.

**b) La violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa debe probarse en el proceso, no basta la sola referencia de su vulneración**

No basta con la mera referencia a ese comportamiento superlativo por lo injusto, ilegal y decididamente inhumano que constituye la afectación a la moralidad administrativa, sino que resulta indispensable la fehaciente acreditación de todas estas situaciones, carga que por mandato del artículo 30 de la Ley 472 de 1998 le corresponde al actor. En el caso concreto, el actor afirma en su escrito de apelación que en el plenario existen pruebas que acreditan la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, sin embargo, la Sala encuentra que no obran elementos de juicio que revelen de manera fehaciente y significativa la deshonestidad, la falta de pulcritud o la mala fe de la administración de Villavicencio, como tampoco la distorsión maliciosa de su comportamiento, o el ánimo subjetivo o torticero, al facilitar a la Diócesis uno de los salones de un bien fiscal propiedad del ente territorial para que se celebren oficios y tareas religiosas en horario distinto de las dos jornadas escolares que se vienen desarrollando sin interferencia alguna e incluso

con el apoyo de gran parte de la comunidad. También cabe precisar que sobre la moralidad administrativa el actor en su demanda solo relaciona dicho derecho como vulnerado pero no explica de manera expresa y concreta las razones de su afectación, como si lo hace respecto del derecho al goce del espacio público. Solo al alegar de conclusión menciona como causa de su afectación la permisión por parte del municipio de la ocupación ilegal de la iglesia católica en predios del preescolar sin más argumentación.

Empero, la condición impuesta para la donación del inmueble, en el sentido de que en el mismo siguiera funcionando únicamente el centro de enseñanza preescolar (Cláusula 4), fue modificada por las partes en escritura pública posterior, inscrita en el folio de matrícula del inmueble, levantando o suprimiendo la referida exclusividad. El cambio de destinación del bien, contrario a lo afirmado por el actor, no compete al Concejo Municipal pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 9ª de 1989 solo puede hacerlo respecto de los bienes de uso público incluidos en el espacio público, y el objeto de la inconformidad del actor es un bien fiscal. Además, si bien algunos miembros de la comunidad no están de acuerdo con el funcionamiento de la iglesia católica en el terreno del preescolar, no es menos cierto que otro significativo grupo de la colectividad si lo está. Así las cosas no se encuentra acreditada la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

**c) Concepto de patrimonio público respecto de bienes y derechos inmateriales. Patrimonio histórico y cultural de la Nación, control vía acción popular**

Por patrimonio público se entiende la totalidad de bienes, derechos y obligaciones correspondientes o propiedad del Estado, que le sirven para el cabal cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con lo dispuesto para ello en la legislación positiva. En un sentido amplio de la noción se estima que dentro del patrimonio público también se encuentran los bienes inmateriales y los derechos e intereses no susceptibles de propiedad por parte del Estado como el territorio nacional, el mar territorial, la plataforma continental, el espacio aéreo, etc. Igual criterio puede predicarse respecto del patrimonio histórico o cultural de la Nación a cuyo goce tiene derecho la colectividad. La protección del patrimonio público busca que los recursos del Estado sean igualmente administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista en pro de la protección normativa de los derechos e intereses colectivos. En consecuencia, toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta al patrimonio público o a otros derechos colectivos podrá ser objeto de análisis judicial por vía de acción popular.

El demandante tampoco sustenta específicamente en su demanda la vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público ni en sus pretensiones figura alguna referente al amparo y restablecimiento de tal derecho, aunque al alegar de conclusión afirma que ello ocurre por no recuperar el inmueble afectado a un servicio público, y en el escrito de apelación le reprocha al a-quo no haber protegido el derecho pese a reconocer que el predio integra el patrimonio del Municipio de Villavicencio, anteponiéndole un derecho o interés diferente cual es el “derecho al culto católico”. Es un hecho claro que el bien objeto de la controversia se encuentra dentro del patrimonio del Municipio de Villavicencio por tratarse de un bien fiscal, aunque por esa sola circunstancia no puede afirmarse o tenerse por acreditada la amenaza o vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

[Sentencia de 12 de noviembre de 2009. Exp. 50001-23-31-000-2005-00213-01\(AP\). M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

**2. a) Término para la intervención y adecuación de las edificaciones indispensables en caso de ocurrencia de un sismo, a un nivel de seguridad sismorresistente**

La Ley 400 de 1997 adopta normas sobre construcciones sismorresistentes, con el objeto de

establecer criterios y requisitos mínimos para el diseño, construcción y supervisión técnica de edificaciones nuevas, así como de aquellas indispensables para la recuperación de la comunidad con posterioridad a la ocurrencia de un sismo, que puedan verse sometidas a fuerzas sísmicas y otras propias de la naturaleza o del uso, con el fin de que sean resistentes a sus efectos de manera que pueda reducirse a un mínimo el riesgo de la pérdida de vidas humanas y defender en lo posible el patrimonio del Estado y de los ciudadanos. El artículo 4º-16 ídem, define las edificaciones indispensables como aquellas de atención a la comunidad que deben funcionar durante y después de un sismo, cuya operación no puede ser trasladada rápidamente a un lugar alternativo, tales como hospitales de niveles de complejidad 2 y 3 y centrales de operación y control de líneas vitales. A las construcciones existentes cuyo uso las clasifique como edificaciones indispensables y de atención a la comunidad, localizadas en zonas de amenaza sísmica alta e intermedia, debe evaluárseles su vulnerabilidad sísmica de acuerdo con los procedimientos que incluye el Título A de la reglamentación, en un lapso no mayor de tres (3) años contados a partir de la vigencia de dicha ley. Este tipo de edificaciones deben ser intervenidas o reforzadas para llevarlas a un nivel de seguridad sísmica equivalente al de una edificación nueva diseñada y construida de acuerdo con los requisitos que la propia ley y sus reglamentos exigen, en un lapso no mayor de seis (6) años contados a partir de su vigencia.

**b) Los centros de operaciones y control de las empresas de suministro de agua son edificaciones indispensables en caso de un desastre natural**

Es incuestionable la existencia de la obligación legal de evaluar la vulnerabilidad sísmica de las edificaciones indispensables y de atención a la comunidad ya existentes, localizadas en zonas de amenaza sísmica alta e intermedia, con miras a ser intervenidas o reforzadas para llevarlas a un nivel de seguridad igual al de una nueva, construida con observancia de las exigencias de sismo resistencia, como ya se dijo. Debido a lo anterior, no le asiste razón al apoderado del Municipio de Mesetas - Meta en cuanto señala que las actividades desarrolladas por la Administración Municipal son suficientes para garantizar los derechos colectivos alegados, pues es obligación de los Municipios realizar los respectivos estudios de vulnerabilidad sísmica de que trata la legislación aplicable, toda vez que el Decreto 2809 de 2000 que modifica aspectos de los Decretos 33 de 1998 y 43 de 1999, no elimina la obligación de realizar los estudios respectivos en las edificaciones denominadas indispensables y mucho menos varía su calificación. Lo anterior se puede complementar con lo dispuesto en la normativa citada que considera que los Centros de Operaciones y de Control de las empresas encargadas del suministro de agua, son edificaciones indispensables para la recuperación de la colectividad en caso de un siniestro; de esta forma, a juicio de la Sala, este tipo de estructuras reviste gran importancia social para el desarrollo de la comunidad pues se trata de edificaciones destinadas a la prestación de un servicio público indispensable antes, durante y después de un desastre natural.

**c) Omisión del Municipio de Mesetas en la elaboración de estudios de sismoresistencia, sísmica pese a estar ubicado en zona de alta vulnerabilidad**

Ante la ubicación del Municipio de Mesetas en zona de vulnerabilidad sísmica alta, resulta evidente que las edificaciones indispensables y de atención a la comunidad existentes antes de la vigencia de la Ley 400 de 1997 deben contar con los estudios pertinentes para evaluar tal situación. La Ley impuso obligación de realizar el estudio de vulnerabilidad sísmica y las reparaciones estructurales pertinentes, con miras a que materialmente las instalaciones y estructuras sobre las que ésta recae, puedan prestar su servicio y mantengan su utilidad en la eventual ocurrencia de un siniestro. Conforme evidenció el material probatorio aportado, el Municipio de Mesetas ha omitido efectuar los estudios de sismoresistencia en edificaciones vitales o el funcionamiento de las mismas en forma rápida y oportuna, con lo que se probó su omisión en el cumplimiento de la obligación a su cargo en el término impuesto en la norma vigente.

[Sentencia de 12 de noviembre de 2009. Exp. 50001-23-31-000-2005-90353-01\(AP\). M.P.: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

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

La finalidad del mecanismo de la eventual revisión es la unificación de la jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo con miras a evitar la existencia de criterios contradictorios respecto de un mismo tema, derivados, por ejemplo y a título puramente enunciativo, de su complejidad, indeterminación, ausencia de claridad normativa, vacío legislativo, confusión y diversidad de interpretaciones, inexistencia de criterio consolidado respecto de determinados tópicos, entre otros aspectos significativos o propios de la tarea unificadora. Se tienen como requisitos para la prosperidad del aludido mecanismo, los siguientes: A.- Petición de parte o del Ministerio Público. Si bien la norma en cita guarda silencio respecto de la necesidad, o no, de sustentar la petición, se estima indispensable para su procedencia que el interesado exponga de manera sencilla las razones por las cuales considera que la providencia definitiva debe ser seleccionada para el cumplimiento del fin unificador previsto en la ley. B.- Petición presentada en oportunidad, C.- La providencia cuya revisión se solicita debe haberse dictado por un Tribunal Administrativo y determinar la finalización o archivo del proceso. Así las cosas, las particularidades de cada asunto; el cumplimiento de los requisitos legales para la procedencia de la solicitud de revisión; la configuración de uno o varios de los eventos que determinen la necesidad de unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado; y la importancia o trascendencia de los temas que se debaten en la providencia, serán los parámetros que esta Corporación tendrá en cuenta para efectos de definir la selección, o no, de la providencia respectiva.

**b) Selección eventual de acción popular dada la necesidad de acometer la labor de esclarecer los criterios polarizados en el Tribunal, frente a la jurisprudencia de esta Corporación respecto a la construcción de andenes en las vías públicas**

En el caso concreto, la actora argumenta que el Tribunal Administrativo del Tolima dejó de lado no solo el material probatorio arrojado al expediente y las normas constitucionales y legales que tienen a los andenes como parte del espacio público cuya guarda compete al Estado así como la vigilancia para la destinación al uso común, sino la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado que así lo recuerda e impone la construcción, mantenimiento y recuperación a los municipios, sentencias que relaciona con número de radicación del proceso y Consejero Ponente. Es más, la actora agrega que el Tribunal Administrativo del Tolima tiene posiciones encontradas o polarizadas respecto de dicho tema, según la manera como se conforme la Sala de decisión y acompaña fotocopia de las mismas. En el *sub judice* se satisfacen las exigencias tanto normativas como jurisprudenciales para seleccionar como revisable el fallo cuestionado, pues lo ha proferido el Tribunal Administrativo del Tolima decidiendo la instancia, la solicitud se presenta oportunamente por la actora quien la sustenta adecuadamente, y se evidencia la necesidad de acometer la labor de esclarecer los criterios polarizados que se anuncian por la demandante en el Tribunal, frente a la jurisprudencia sentada por esta Corporación sobre el tema de la construcción de andenes en las vías públicas y la vulneración de derechos colectivos como consecuencia de tal omisión.

[Auto de 19 de noviembre de 2009. Exp. 73001-33-31-004-2008-00032-01 \(AP\). M.P.: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

**4. a) El error grave de un dictamen pericial debe referirse al objeto de dictamen y no a las conclusiones del perito**

Para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen

y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos.

**b) Procedencia excepcional de la acción popular contra procesos contractuales, si se amenazan o vulneran derechos colectivos**

Las acciones populares que pretenden suspender procesos contractuales proceden de forma excepcional en la medida que vulneren o amenacen derechos colectivos. De lo contrario es necesario adelantar las acciones pertinentes que prevé el Código Contencioso Administrativo. Como quiera que en el presente asunto el actor pretende que se ordene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. terminar el proceso de invitación pública N° 004 de 2004, por considerar que se vulneró el derecho a la libre competencia al restringir la participación exclusiva de las empresas internacionales por los términos de referencia, es claro su procedibilidad.

**c) La libre competencia se restringe cuando se impide la entrada de nuevo competidor o la permanencia de los mismos**

La libre competencia implica que los agentes (oferentes y demandantes) tengan la posibilidad de acceder y/o participar en el intercambio de bienes y servicios en el mercado, sin restricciones o ataduras que beneficien a alguno o algunos de aquellos que participan en el mismo mercado afectando los derechos de otros agentes. En efecto la libre competencia no implica que el Estado carezca de competencia para intervenir en el mercado, pues incluso en aras de alcanzar los fines estatales el Estado tiene la facultad de regular las actividades económicas. En ese mismo orden de ideas, el artículo 334 de la Constitución Política dispone que el Estado tiene la dirección general de la economía. Conforme a la decisión 608 de 2005 de la Comunidad Andina, es necesario demostrar que el agente económico realice un(os) acto(s) o acuerdo(s) que restrinja(n) la libre competencia para concluir que se esta frente a una conducta que atenta contra el artículo 333 de la Constitución Política. Es claro entonces que las prohibiciones legales se fundamentan en las conductas de los agentes económicos que busquen o impidan la entrada de nuevos competidores al mercado o la permanencia de otros competidores en el mismo.

**d) A las empresas de servicios públicos domiciliarios no se les aplica la ley 80 de 1993, cuando la contratación está directamente relacionada con la prestación del servicio público**

En materia contractual, tal como lo establece el art. 31 de la ley 142 de 1994, en concordancia con el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que las empresas de servicios públicos domiciliarios cuando celebren contratos que están directamente relacionados con la prestación de esos servicios, no se les aplica el Estatuto de Contratación Pública. En el presente asunto el objeto del proceso de invitación N° 004 de 2004 fue la contratación de una empresa de software de facturación, reduciendo en la medida que sea conveniente la fragmentación geográfica de su operación e incluyendo todo el espectro de funcionalidades y flexibilidad requeridas. En ese orden de ideas, el adjudicatario tendría que facturar todas las líneas de negocios de la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, proveer una capa liviana y básica del servicio al cliente que registre peticiones y estado de cuentas, proveer información para la gestión del negocio, entre otros servicios. Por lo anterior, es claro que la contratación estaba directamente relacionada con la prestación adecuada del servicio público y en este sentido, se exceptúa del régimen de contratación pública a las empresas prestadoras de servicios públicos por cumplir con la premisa mayor que establece el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

**e) La libre competencia no se restringe al permitirse que, dentro de un régimen de contratación privado, se busquen oferentes tanto en el mercado nacional como en el internacional**



Es importante aclarar que uno es el mercado en el que COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. presta el servicio público domiciliario frente a los usuarios, y otro, es el escenario en que dicha empresa contrata diferentes herramientas para el desarrollo de su objeto social. Entonces, son dos mercados diferentes. Realizada la anterior precisión, es evidente que en el presente asunto nos encontramos en el segundo escenario, es decir, donde la empresa COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. se desenvuelve como demandante del servicio de software de facturación. Sin embargo, la contratación que se realice en este escenario termina contribuyendo a la optimización del servicio público, por lo cual el usuario final se beneficia por los negocios jurídicos que se celebren en este último mercado. Adicionalmente, para la Sala es evidente que la contratación bajo los estándares solicitados por la empresa demandada, no afectaría el mercado de prestadores de servicios de telecomunicaciones, como tampoco el mercado de empresas prestadoras de servicios de software, bajo el entendido que en ambos escenarios el usuario es quien se beneficia y los agentes intervinientes de los mercados están en igualdad de condiciones de desarrollar su objeto social, siempre y cuando cumplan con los requisitos que los usuarios precisan para satisfacer sus necesidades.

En ese sentido, no sería considerable que bajo un régimen de contratación privado, la empresa que busca solucionar una necesidad, tenga que circunscribirse a la búsqueda de empresas que así lo hagan, únicamente en el mercado nacional. Es decir, que como usuario solo se pueda restringir a la oferta nacional que no llena la necesidad de minimizar el riesgo. Sino por el contrario, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., podría buscar una persona natural o jurídica que solucione su problema de facturación en los estándares que se requiere a nivel mundial, si su capacidad financiera así se lo permite. Para la Sala es evidente que mal podría entenderse que la empresa demandada restringió la libre competencia, pues no se encontró que las condiciones de capacidad técnica generaran necesariamente la participación exclusiva de oferentes internacionales. Es así entonces que por el hecho que algunas empresas nacionales no cumplieran las condiciones exigidas por la empresa demandada en los términos de referencia, no puede concluirse que existió restricción a la libre competencia en el proceso N° 004 de 2004, como lo estima el actor. Pues incluso, los mismos términos de referencia permiten que los interesados presenten sus propuestas como asociaciones. Por lo cual, es claro que las empresas nacionales interesadas hubieran podido asociarse para cumplir las exigencias de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-02049-01\(AP\). M.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

## SECCIÓN PRIMERA

### **1. NO SE VULNERA EL DEBIDO PROCESO CUANDO SE APLICA OTRA NORMA DE PROCEDIMIENTO EN MATERIA SANCIONATORIA QUE CONTIENE SIMILARES GARANTÍAS PARA EL ADMINISTRADO.**

Señala el apelante como argumento central de su reproche, que el hecho de haberse dado aplicación al Decreto 1594 de 1984, cuando ya había sido subrogado por el Decreto 1753 de 1994, constituye un desconocimiento del debido proceso y una violación del derecho de audiencia y de defensa. (...) Antes de abordar la temática que se acaba de bosquejar, es necesario manifestar que efectivamente el régimen jurídico aplicable en este caso era el establecido en el Decreto 1753 de 1994, tal como lo señalaron en su momento la parte actora y el Tribunal Administrativo de Santander. Lo anterior, teniendo en cuenta que el procedimiento sancionador adelantado contra la firma SANDESOL LTDA, empezó a tramitarse desde el día 14 de Julio de 1998, en momentos en los cuales ya se encontraba vigente el precitado decreto. En tales circunstancias y en consideración a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 con respecto a la aplicación en el tiempo de las normas de carácter procesal, no queda ninguna duda de que el Decreto 1753 de 1994 era la norma aplicable. Con todo, la Sala considera que el mencionado yerro no constituye en este caso un vicio



de carácter sustancial y mucho menos que la aplicación del Decreto 1594 de 1984 deba conducir irremediablemente a la anulación de los actos acusados, pues como bien lo señala el Tribunal Administrativo de Santander en su providencia, en los procedimientos sancionatorios regulados por los Decretos 1594 de 1984 y 1753 de 1994 se establecen similares oportunidades de audiencia y de defensa. Para corroborarlo, basta simplemente con observar cómo en ambos Decretos se garantiza el derecho del investigado de conocer y desvirtuar los cargos que se le endilgan; de esgrimir los argumentos y de allegar las pruebas que estime necesarios; así como el derecho de presentar los recursos que procedan para controvertir las determinaciones adoptadas en su contra. (...) Los artículos 197 a 254 del Decreto 1594 de 1984, prescribía las normas aplicables al procedimiento administrativo sancionador, siendo pertinente destacar los artículos que se transcriben a continuación [artículos 202, 203, 204, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214 y 215]. Además de lo establecido en los artículos que se acaban de reproducir, el Decreto 1594 de 1984 contempla las sanciones de amonestación, multa, decomiso de productos o artículos, suspensión o cancelación de registros de los permisos de vertimiento o de la autorización sanitaria de funcionamiento - parte agua y cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio, contra las cuales proceden los recursos de la vía gubernativa, según lo establecen los artículos 214 y 215 anteriormente transcritos. Tales sanciones son prácticamente las mismas que aparecen previstas en el artículo 85 de la Ley 99 de 1993. Ahora bien. El artículo 33 del Decreto 1753 de 1994, “por el cual se reglamentan parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales”, se ocupó de desarrollar el tema de la suspensión o revocatoria de las licencias ambientales, exigiendo la expedición de un acto administrativo debidamente motivado, el cual deberá ser expedido cuando su titular “...haya incumplido cualquiera de los términos, condiciones, obligaciones o exigencias inherentes a ella consagrados en la ley, los reglamentos o en el mismo acto de otorgamiento.” Contra esos actos administrativos de carácter particular y concreto, proceden los recursos de vía gubernativa, de conformidad con lo dispuesto en las normas generales que regulan los procedimientos administrativos (Decreto Ley 01 de 1984). Expuestos como quedan los rasgos esenciales de los procedimientos previstos en los decretos 1594 de 1984 y 1753 de 1994, la Sala encuentra que en ellos se regulan de manera similar los procedimientos gubernativos relacionados con la imposición de sanciones, observándose desde luego algunas diferencias que a juicio de la Sala no son en el fondo de mayor relevancia, en la medida en que ambos procedimientos permiten el ejercicio de los derechos de audiencia y de defensa a los administrados, cuando incurran en la violación de las disposiciones relativas al medio ambiente o en el incumplimiento de las condiciones, exigencias y requisitos establecidos en las licencias ambientales de que son beneficiarios. Para la Sala es absolutamente claro que en el caso sub examine la firma SANDESOL LTADA no sólo tuvo la oportunidad de rectificar en la fase previa los actos generadores de contaminación ambiental que le fueron imputados y de ejercer a plenitud su derecho de defensa durante el trámite del proceso sancionador correspondiente, sin que pueda afirmarse que la entidad demandada le haya puesto ningún tipo de obstáculos, limitaciones o restricciones.

[Sentencia del 19 de noviembre de 2009, Exp. 68001-23-15-000-1999-02524-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

## **2. CARGOS DE NULIDAD QUE NO SE INVOCARON EN LA DEMANDA NO PUEDEN FORMULARSE POSTERIORMENTE EN EL PROCESO BAJO LA FORMA DE EXCEPCIONES, LAS CUALES EN TODO CASO SOLO PUEDEN SER ALEGADAS POR LA PARTE DEMANDADA.**

Antes de cualquier pronunciamiento de la Sala sobre tales cuestiones, conviene aclararle al memorialista que las excepciones en el proceso contencioso le están dadas a la parte demandada como medio de defensa ante las pretensiones de la demanda, luego la parte actora no puede aducir excepciones, sino que lo que ella formula son cargos o imputaciones, en el caso de la presente acción, contra el acto administrativo objeto de dicha acción. De suerte que su alegato de que el a quo debió examinar y decidir lo concerniente a los dos tópicos primeramente mencionados, porque los invoca como excepciones y que por lo mismo debió asumírselos de manera oficiosa, no es de recibo, puesto (sic) claramente son imputaciones o acusaciones que le está formulando al acto administrativo enjuiciado y

a la correspondiente actuación administrativa, y como tales y por emanar de la parte actora del proceso no pueden ser menos que cargos, los cuales sólo pueden provenir o formularse en la demanda, incluyendo su modificación o adición, y así los ha de considerar la Sala para revisar la posición del a quo frente a los mismos. Sobre el primer punto en cuestión, le asiste razón al a quo en la medida en que en relación con el tema de la competencia, el cargo inicialmente planteado y con el cual se trabó la litis está referido a la falta de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en general, y así lo abordó el a quo en la sentencia apelada, y no como ahora y desde los alegatos de conclusión en la primera instancia lo quiere presentar el apelante, esto es, circunscrita al Intendente de Control Social de dicha entidad, como falta de competencia funcional de ese funcionario, con lo cual salta a la vista que se está ante modificación sustancial del mencionado cargo, que al momento procesal en que fue planteada resulta claramente improcedente por lo extemporánea, ya que está planteada por fuera de la oportunidad procesal para ello, esto es, la prevista para modificar, corregir o adicionar la demanda. Por consiguiente, la Sala encuentra acertada la decisión del a quo en el sentido de no pronunciarse sobre ese cuestionamiento, pues así lo impone el debido proceso, la lealtad procesal y el derecho de defensa de la parte demandada, ya que en realidad el memorialista lo que planteó fue un cargo distinto o no formulado en la demanda. En cuanto a la ahora alegada caducidad de la facultad sancionatoria en este caso concreto, la Sala observa que no hay razón alguna para que el a quo hubiera hecho siquiera mención de la misma, toda vez que igual que la anterior cuestión, no hizo parte de los cargos formulados en la demanda y por ende tampoco lo fue del debate procesal en la instancia ya surtida, de allí que la entidad demandada no se hubiera referido a ese tema al contestar la demanda. No fue objeto de la litis desde el momento en que ella se trabó, ni siquiera mediante la figura ya comentada de la adición o modificación de la demanda, por lo cual avocar ahora su estudio significaría pretermitir la instancia que debió surtir en el proceso. En consecuencia, es improcedente hacer cualquier examen o consideración en esta sentencia sobre el fondo del mismo.

[Sentencia del 19 de noviembre de 2009, Exp. 25000-23-24-000-2003-00865-01, C.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

### **3. COMERCIALIZADORES DE BIENES Y SERVICIOS TAMBIÉN SON RESPONSABLES POR PUBLICIDAD COMERCIAL ENGAÑOSA, YA QUE ESTA SE HACE EFECTIVA CON LA EXHIBICIÓN DEL PRODUCTO EN LAS VITRINAS DEL EXPENDEDOR.**

La actora sostiene que el acto acusado [Resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual le impuso una sanción consistente en el pago de una multa por publicidad comercial engañosa] viola el principio de legalidad, puesto que los artículos 16, 24, 31 y 32 del Decreto 3466 de 1982 se refieren a conductas realizadas por el productor y no por el expendedor o distribuidor. El artículo 78 de la Constitución Política establece la responsabilidad de los productores y comercializadores de los bienes y servicios así: «Artículo 78.- La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos». Para la Sala, de las normas trascritas [Constitución Política, artículo 78 y Decreto 3466, artículos 1, 14, 16, 31 y 32] se desprende claramente que no solamente el productor puede ser sancionado por incurrir en las conductas allí descritas, sino también el distribuidor o expendedor, máxime cuando por propaganda comercial se entiende “Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad”, anuncio

que no solamente puede provenir del productor sino, como ocurrió en el asunto que se examina, del expendedor. La actora es responsable por la información allí consignada, en la medida en que fue en su establecimiento de comercio donde se exhibió el producto y por ende, donde se indujo al público en error. Sobre un asunto similar al aquí controvertido, esta Sección sostuvo: «Para la Sala el cargo formulado no está llamado a prosperar pues no puede darse una interpretación exegética al artículo 16 transcrito, como lo pretende el demandante ya que las disposiciones atinentes a la publicidad engañosa tienen una finalidad tuitiva para el consumidor, quien, por regla general, recibe la información no directamente del productor sino del proveedor o expendedor, de manera tal que para que la norma tenga un efecto útil debe entenderse referida, entre otros, a éstos últimos. Además dicha protección tiene rango constitucional cuando extiende la responsabilidad a todos aquellos que comercialicen bienes y servicios. Admitir lo contrario implicaría desproteger al consumidor en claro desconocimiento del precepto constitucional antes citado, quien motivado por el incentivo que ofrece una propaganda del expendedor acude al establecimiento de comercio a fin de adquirir el producto ofertado. Lo cierto y evidente es que una de las formas como se hace efectiva y tangible la publicidad engañosa es a través de la exhibición de los productos en las vitrinas del expendedor, pues para el consumidor allí es donde se materializa o agota el engaño. Además, la interpretación que quiere darle el actor a la norma en cita, resulta contraria a la lógica, pues la publicidad engañosa puede ser utilizada tanto por el productor como por el proveedor o expendedor y ello, sin lugar a dudas, patrocinaría un fraude a la ley por parte del productor pues bastaría que éste hiciera uso de la publicidad engañosa por conducto del proveedor o expendedor para que fuese atípica dicha conducta. [...]» Advierte la Sala, que la actora no logró desvirtuar que la conducta endilgada en el acto acusado no fue cometida y por el contrario, la acepta, aduciendo en la demanda que obró de buena fe, lo cual no puede tenerse como justificación para exonerarla de la multa impuesta, pues, como ya se vio, la ley establece responsabilidades a los productores y expendedores, cuyo incumplimiento acarrea una sanción. (Sobre la responsabilidad del comercializador de bienes y servicios, en tratándose de publicidad engañosa de los mismos, sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 00689, del 10 de marzo de 2005, C.P. María Claudia Rojas Lasso).

[Sentencia del 19 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-24-000-2002-00523-01. M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

#### **4. DECLARADA NULIDAD DE RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE CANCELA PERMISO PARA OPERAR RUTA DE TRANSPORTE PUBLICO POR VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO AL OMITIRSE EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ESTABLECIDO EN LA LEY 336 DE 1996.**

Mediante Resolución No. 100 de 6 de marzo de 1996 la misma Alcaldía fijó la capacidad transportadora de la empresa en diez (10) unidades para la ruta 1 y siete (7) unidades para la ruta 2 y por Resolución No. 514 de 24 de diciembre de 1997 le concedió una prórroga de 180 días para que pusiera en marcha el servicio mencionado en dichas rutas. Una vez cambió el Gobierno local, el nuevo Alcalde dictó la Resolución No. 269 de 17 de junio de 1998, que redujo la capacidad transportadora de diecisiete (17) unidades a siete (7) sin señalar la ruta que debería seguir sirviendo ni la frecuencia de despacho. La resolución comentada se profirió sin efectuar los estudios técnicos de oferta y demanda que los artículos 58 y siguientes del Decreto 091 de 1998 exigen para reducir la capacidad transportadora y con violación del debido proceso previsto en los artículos 50 a 52 de la Ley 336 de 1996. Por Resolución No. 399 de 24 de septiembre de 1998 la Alcaldía canceló las rutas 1 y 2 y mediante Resolución No. 438 de 27 de octubre de 1998 confirmó la anterior. Estos son los actos administrativos cuya legalidad se cuestiona. (...) Las disposiciones comentadas en los numerales anteriores [Ley 105 de 1993, artículos 3 y 9; y Ley 336 de 1996, artículos 16, 17, 18, 44, 45, 48, 49, 50, 51 y 52] permiten establecer que la operación de rutas de transporte urbano está condicionada a que las autoridades de transporten otorguen permisos y que los operadores de rutas pueden ser sancionados con la cancelación de los permisos para operarlas por las causales previstas en el artículo 48 de la Ley 336 de 1996 y mediante el procedimiento descrito en los artículos 50 y 51 ibídem. (...) El Municipio demandado remitió al proceso, en copias auténticas, los antecedentes

administrativos de las resoluciones acusadas (fs. 55 a 69 del cuaderno principal) (...) Los documentos anteriores permiten concluir que para cancelar las rutas 1 y 2 que había otorgado a la empresa demandante, la Alcaldía Municipal de San Vicente de Chucurí se limitó a establecer, mediante la práctica de una visita, que aquella no tenía sede en la dirección registrada en el certificado de existencia y representación legal, conclusión que confirma plenamente la declaración jurada de la Directora de Tránsito de la época Elizabeth Mora González que obra a folios 108 a 110, testimonio que merece la credibilidad de la Sala en vista del conocimiento directo de los hechos que le proporcionó el ejercicio de su cargo y su participación en el procedimiento señalado. La credibilidad de la testigo la refuerza el hecho de que, a pesar de ser sospechosa por su interés en las resultas del proceso, que eventualmente podrían comprometer su responsabilidad, su declaración no revela sesgo alguno a favor de la administración y los hechos a los que se refiere están acreditados plenamente por los documentos allegados al proceso. Los medios de prueba examinados demuestran de modo fehaciente que el municipio demandado no siguió las etapas del procedimiento administrativo reglado por los artículos 51 y 52 de la Ley 336 de 1996 porque no dictó auto de apertura de investigación motivado con los fundamentos fácticos y jurídicos del caso; no relacionó las pruebas aportadas o allegadas que demostraran la existencia de los hechos; no dio traslado entre diez y treinta días al presunto infractor para que por escrito respondiera los cargos formulados y solicitara pruebas y no le permitió por tanto solicitarlas oportunamente y participar en su práctica. Aunque el municipio demandado le dio a la demandante la oportunidad de interponer un recurso de reposición contra la decisión de primera instancia, no le permitió ejercer oportunamente su defensa, por lo cual violó los artículos 50 y 51 de la Ley 336 de 1996 y el derecho al debido proceso administrativo garantizado por el artículo 29 constitucional. Las circunstancias anotadas constituyen razón suficiente para declarar la nulidad de las resoluciones acusadas.

[Sentencia del 26 de noviembre de 2009, Exp. 68001-23-15-000-1999-00342-01, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

#### **5. CONDUCTA CONSISTENTE EN INFLUENCIAR A EMPRESA PARA QUE REBAJE LOS PRECIOS DE SUS PRODUCTOS ES CONTRARIA A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA Y ES OBJETO DE SANCIÓN INDEPENDIEMENTE DE SI SE PRODUJO O NO EL RESULTADO PRETENDIDO.**

La controversia radica en determinar si la parte demandante incurrió en el acto contrario a la libre competencia contenido en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, el cual dispone: "Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención en rebajar los precios". (...) En el caso en análisis, la demandada pudo establecer que la sociedad CASA LUKER S.A. le concedía a su cliente, MAKRO DE COLOMBIA S.A., un 7% de descuento del valor del Aceite Gourmet 5.000 c.c., con la condición de que tal descuento, no fuera transferible al público consumidor. Sin embargo, la sociedad MAKRO mantuvo su propia política de fijación de precios, consistente en bajar el precio final de venta al público, debido a que para el 8 al 21 de septiembre de 1998, dicho producto haría parte del programa "MAKRO MAIL" que la indicada empresa promocionaba. En otras palabras, la empresa influenciada hizo caso omiso a la exigencia de la actora. No obstante, del texto de las comunicaciones transcritas, infiere la Sala, que la intención de la actora era que MAKRO no trasladara el descuento que le fuere otorgado al público consumidor, pues se observa en el mismo que se trataba de una orden, por cierto, imperativa de no hacerlo. En este orden de ideas, a la Sala no le cabe la menor duda, que la conducta desplegada por la parte demandante, es una limitante a la libre competencia, en cuanto pone de manifiesto una intromisión indebida en la libertad de precios de la empresa influenciada. De acuerdo con lo previsto en la norma, la acción se predica exclusivamente del sujeto activo, pues ésta no condiciona ni supedita su configuración a una respuesta positiva de la empresa influenciada, ya que de haber sido esa la voluntad del legislador, entonces, la norma en estudio habría incluido tal supuesto como si lo hace en otras disposiciones del Decreto 2153 de 1992, al referirse al "efecto" de la conducta. De manera, que la adecuada interpretación del verbo rector prescrito en la norma aludida es que, sea suficiente la influencia de un tercero sin determinar su efecto, para que se considere tipificada la conducta restrictiva de la competencia, enmarcada en el numeral 2 del

artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, bajo el supuesto de influenciar a otra empresa “...para que desista de su intención en rebajar los precios”. En el sub lite, queda claro que la conducta de la parte sancionada (empresa influyente), tuvo por objeto influenciar a MAKRO DE COLOMBIA S.A. (empresa influenciada), para que desistiera de rebajar los precios, no trasladando el descuento del 7% al público consumidor, respecto a lo cual, se reitera, que no era necesario su resultado, esto es, de que efectivamente la segunda de las nombradas empresas, hubiese contestado en forma positiva a tal orden o exigencia. Así las cosas, a juicio de la Sala, CASA LUKER S.A., incurrió en la práctica restrictiva de la competencia descrita en la norma, siendo irrelevante, el tamaño o la capacidad o la potencialidad del agente pasivo (MAKRO) o del activo, alegado por la parte demandante, pues es suficiente la presión que ejerció sobre éste, tendiente a evitar la rebaja, independiente, de si la empresa influenciada se haya abstenido o no de actuar.

[Sentencia del 19 de noviembre de 2009, Exp. 25000-23-24-000-2001-01261-01. M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

**6. DECRETADA PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJALES MUNICIPALES POR NO POSESIONARSE DENTRO DEL TERMINO LEGAL / NO ES VALIDA POSESIÓN REALIZADA EN SEGUNDO ACTO DE INSTALACIÓN DEL CONCEJO MUNICIPAL.**

Sobre la causal endilgada contenida en el numeral 3 transcrito [artículo 48 de la Ley 617 de 2000], la Sección ha reiterado que el acto de posesión no requiere citación y que la instalación es un acto que se celebra por una sola vez, al iniciarse el periodo constitucional. Ha dicho la Sala: “Como lo precisó la Sala en sentencia que resolvió sobre la misma causal la posesión es el acto de prestar ante el funcionario el juramento que ordena el artículo 122 de la Constitución Política. De este acto da fe un acta, suscrita por quien toma el juramento y quien lo pronuncia. Sin esta solemnidad no se puede entrar a servir ningún cargo. La posesión es una declaración de voluntad administrativa, que tiene consecuencias jurídicas. Así mismo precisó que la instalación es un acto de la Corporación como tal y que se celebra por una sola vez, al iniciarse el período constitucional. A su turno, la iniciación del período de sesiones supone el acto de instalación en que debieron posesionarse sus miembros. .... En cuanto a la eficacia de la sesión del 2 de enero de 2004 que el demandado inválida, la Sala reitera lo expresado en la citada sentencia del 27 de abril de 2006, en el sentido de que así se hubiese probado que el acto de instalación no fue precedido de citación, no por ello se invalidaría la sesión”. (...) Los demandados realizaron una nueva instalación del Concejo el 3 de enero de 2008, la cual no es válida, porque, se reitera, el acto de instalación es único y por lo tanto se debe tener como válida la realizada el 2 de enero de 2009 por 8 concejales que además se posesionaron ese día; es de tener en cuenta que el reglamento interno del concejo municipal de Apartadó, en observancia de la ley, tenía fijado el 2 de enero como fecha de instalación. Ahora bien, si tenemos en cuenta que el artículo 24 de la Ley 136 de 1994 dispone “toda reunión de miembros del concejo que con el propósito de ejercer funciones propias de la corporación, se efectúe por fuera de las condiciones legales o reglamentarias, carecerá de validez y los actos que realicen no podrá dársele efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones serán sancionados conforme a las leyes”, no puede afirmarse que la posesión de los aquí demandados realizada en un acto de instalación ilegal esté amparada por la presunción de legalidad, en otras palabras, la posesión en una sesión de instalación inválida por mandato legal, no puede producir efecto alguno. Por lo anterior se revocará el fallo apelado en cuanto declaró probada la excepción de cosa juzgada y en su lugar se declarará que ésta no fue probada; al quedar todos los demandados en la misma situación de no haber tomado posesión de manera legal, se confirmará la sentencia apelada en cuanto decretó la pérdida de investidura de concejal de los señores ELKIN DE ARCO VIERA, URIEL ALIRIO GIRALDO GARCÍA, JORGE LUIS MARTÍNEZ RAMÍREZ Y JORGE EMIRO REYES PÁEZ y se complementará decretando la pérdida de investidura de concejal de los señores CANDELARIA CORREA ROJO, LAURENT MATUTE LÓPEZ, OLGA MARINA TORO TORRES, GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA Y DAGOBERTO VACUNARES JIMÉNEZ.



[Sentencia del 15 de octubre de 2009, Exp. 05001-23-31-000-2008-00855-01. M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN.](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

### 1. REINTEGRO DE DINEROS PAGADOS DE MAS COMO CONSECUENCIA DE UNA PROVIDENCIA JUDICIAL - Acción procedente / REVOCATORIA DIRECTA DE ACTOS QUE ORDENAN EL PAGO DE UNA CONDENA JUDICIAL - Improcedencia

La administración expidió las Resoluciones 1227 y 1541 de agosto 21 y noviembre 6 de 2002 respectivamente, que sin ser nominadas como revocatoria directa de las Resoluciones 942 de 22 de mayo de 1998, que ordena el reintegro; 858 de diciembre 14 de 1998; 888 de noviembre 30 de 1998, que da cumplimiento al fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ordenando los pagos correspondientes tanto al actor como a la Caja de Previsión del Distrito; 231 de abril 16 de 1999, que reconoce y paga unos intereses; 233 de abril 16 de 1999, que reconoce una diferencia en el subsidio familiar; 622 de septiembre 21 de 1999, que establece el pago de una cuenta; desconocen la legalidad, la vigencia y firmeza de las mismas, y ordena que se reintegre al Distrito Capital, unos dineros pagados de más por la entidad, argumentando que se presentó un error en la liquidación. Al decretar el reintegro de estos dineros está emitiendo una decisión que solo podía ser fruto de la revocatoria directa, pues el resultado inmediato y útil de las citadas resoluciones es dejar sin efecto tácitamente las decisiones que efectuaron ese pago, lo cual no podía hacerse en virtud del principio de legalidad de los actos y de la presunción que existe sobre los mismos, cosa diferente, es que hubiese existido ilicitud en su expedición o en su trámite, o que el error haya sido inducido por el interesado, vale decir, que hubiese actuado con temeridad, pero aún en este evento, la entidad debía garantizar el debido proceso con un procedimiento sumario, antes de tomar una decisión de esta naturaleza. Ahora bien, es aceptado por la administración, que se percataron del error en la liquidación, mientras estudiaban un derecho de petición presentado por el señor Artunduaga mediante oficio N° 01583 de 22 de enero de 2002, en el que solicitaba información relacionada con los aportes a salud y pensión, al igual que el pago de las cesantías. Para la Sala se reitera, no es compatible este obrar de buena fe, con quien ha actuado contra su propio acto, al no encontrar vías administrativas viables, -como la revocatoria directa con consentimiento del titular del derecho-, o judicial como la acción de lesividad, y si habilidosamente construye un título ejecutivo, para cobrarlo por vía administrativa como lo afirma en la contestación de la demanda, con la clara consecuencia jurídica de revocar unos actos que se encontraban en firme y que concedían derechos de carácter particular al actor, violando lo dispuesto en el artículo 73 del C.C.A. En este orden de ideas, es diáfano que las resoluciones No. 1227 de 2002, y 1541 de 2002, son violatorias del debido proceso, en tanto se actuó en forma contraria a las disposiciones que fundamentan la revocatoria directa porque no encaja en ninguna de las posibilidades legales que tenía la administración para invalidar su propio acto, constituyéndose en una solución arbitraria. Si bien es cierto la administración está obligada a recuperar los emolumentos cancelados sin justa causa, como lo afirma la Alcaldía Mayor de Bogotá en los mismos actos demandados, debe entenderse que esto no lo habilita para actuar contra legis, sino mediante el uso de los mecanismos y herramientas legales con los que cuenta; respetando en todo momento los procedimientos que el legislador ha desarrollado para tal fin, lo que no significa nada distinto a respetar el debido proceso. Sobre las condenas pretendidas: "...dar por terminado todos los procesos disciplinarios, coactivos y penales que se hayan iniciado con motivo de las resoluciones No. 11227 de agosto 21 de 2002 y 1541 de noviembre 6 de 2002" Es evidente que una pretensión de tal naturaleza no puede prosperar dado que la competencia de la acción de nulidad y restablecimiento se limita a estudiar la legalidad de los actos demandados con el consecuente restablecimiento, más no lo habilita para invadir la orbita de otras jurisdicciones. Reconocimiento de honorarios de abogado por valor de \$20.000.000.00 correspondiente a todas las actuaciones judiciales surtidas desde el 12 de febrero de 2002, hasta cuando termine este proceso. Así mismo,



por concepto de perjuicios morales, la suma de \$50.000.000.00, los cuales serán cancelados con intereses comerciales, bancarios y moratorios y dentro de los parámetros de los artículos 176 y 177 del C.C.A. Esta pretensión de restablecimiento también será negada porque no fueron probados los perjuicios materiales, que se concretan para el caso de honorarios en el daño emergente; se echa de menos por ejemplo, el contrato de prestación de servicios entre el actor y la apoderada, el recibo de pago, etc. Tampoco hay prueba que demuestre la aflicción sufrida por el demandante, requisito necesario para el reconocimiento de los perjuicios morales ya que solo la pretensión en tal sentido, es insuficiente.

[Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-25-000-2003-04242-01 \(1127-07\). M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.](#)

## **2. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL CAR - Naturaleza Jurídica / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL CAR - Régimen de carrera administrativa. Normatividad aplicable**

Con anterioridad a la expedición de la Carta Fundamental de 1991, las Corporaciones Autónomas Regionales, fueron creadas por el Legislador como personas jurídicas de derecho público, con carácter de establecimientos públicos adscritos o vinculados a las entidades del orden central de la Rama Ejecutiva del Poder Público, para el ejercicio de funciones administrativas y la prestación de determinados servicios públicos domiciliarios. En particular la Corporación demandada, inicialmente fue creada como establecimiento público descentralizado, dotado de personería jurídica y patrimonio público, en virtud de la Ley 3 de 1961 y fue denominada Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá. Posteriormente, según lo dispuesto por la Ley 62 de 28 de diciembre de 1983, que modificó la anterior Ley, la Corporación de conformidad con su artículo 2º, tomó el nombre de Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, CAR. Y en virtud de la Ley 99 de 1993, se le llamó Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR). De acuerdo con lo dispuesto por la Carta Política de 1991, en el numeral 7º de su artículo 150, le corresponde al Congreso por medio de Ley reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales. Fue así como la Ley 99 de 1993, reguló su creación y funcionamiento y en su artículo 23, dispuso que dichas Corporaciones son entes corporativos de carácter público de creación legal, que están integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente. En la actualidad, estos entes corporativos son una categoría de entidades públicas, dotados de un régimen especial que les permite conjugar una serie de condiciones que garantizan su autonomía, la participación de las autoridades territoriales y la ejecución de una sola política ambiental y cuyas funciones se dirigen a preservar el medio ambiente y los recursos naturales. En lo que atañe al régimen de carrera administrativa que rige a sus empleados, se tiene que no es otro que el previsto en la Ley 443 de 1998, según lo dispone su artículo 3º; pues esta norma establece que las disposiciones contenidas en dicha Ley, son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades, entre otras, en las Corporaciones Autónomas Regionales.

**PÉRDIDA DE DERECHOS DE CARRERA POR EL DESEMPEÑO DE OTRO CARGO - Procedencia cuando el empleado tome posesión de un cargo de carrera, de libre nombramiento y remoción o de período sin haber cumplido con las formalidades legales**

Advierte entonces la Sala, que en vigencia de la Ley 27 de 1992 y demás normas reglamentarias, encontrándose la demandante inscrita en carrera administrativa en el Grado 16, la Administración bien podía realizar su nombramiento en provisionalidad en el Grado 20 o en encargo en el Grado

22, conservando sus derechos de carrera. Pero una vez, que en vigencia de la Ley 443 de 1993, el 10 de diciembre de 1998, fue nombrada en provisionalidad en el Grado 20; es evidente que perdió los derechos de carrera que hasta entonces ostentaba para el Grado 16, tal como lo dispone su artículo 38, según el cual “..se producirá el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de carrera, de libre nombramiento y remoción o de periodo, sin haber cumplido con las formalidades legales”. En este sentido resalta la Sala, que es la propia Carta Política de 1991, la que en su artículo 125, supedita el acceso a la carrera administrativa en cualquiera de sus modalidades, al cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; es decir, que la escogencia obedece al mérito, que en última instancia se constituye en criterio fundamental. De lo anterior se deduce que el acceso al servicio dentro del esquema de carrera, no puede darse sin el trámite del concurso y sin las demás formalidades que la ley exige, porque solamente bajo tales supuestos, es que se ofrece a los aspirantes, en igualdad de condiciones, la certidumbre de que el factor objetivo preside el proceso de selección. Se constituyen entonces en contrarias a la carrera, las incorporaciones de quienes carecen de los requisitos o no cumplen las condiciones legales y también las que se producen sin los trámites y las formalidades, que como el concurso se exigen por la Carta y la Ley. Tales circunstancias se constituyen en causal de retiro y pérdida de los derechos de carrera

[Sentencia de 11 de noviembre de 2009, Exp. 25000-23-25-000-2003-01749-01\(0398-08\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.](#)

### **3. SIN LA CONVALIDACIÓN DEL TÍTULO OBTENIDO EN EL EXTERIOR NO ES POSIBLE LA ASIGNACIÓN DE PUNTAJE NI RECONOCIMIENTO DE INCREMENTO SALARIAL PARA DOCENTES**

El Decreto 1444 de 1992 reguló lo concerniente al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos docentes de las universidades públicas. En su artículo 1° señaló que la remuneración mensual del personal docente de tiempo completo debía establecerse con base en la sumatoria de todos “los puntos que a cada cual corresponda, multiplicado por el valor del punto”, conforme a la valoración de los siguientes factores: títulos obtenidos por estudios universitarios, categoría dentro del escalafón docente, experiencia calificada, productividad académica y actividades de dirección académico-administrativas. Al ser retiradas del ordenamiento positivo las normas que suprimieron o eliminaron el proceso de homologación de estudios parciales y de convalidación de títulos de educación superior obtenidos en el exterior, es claro que se revivieron aquellas disposiciones que exigen observar procedimientos o trámites regulados por el legislador para hacer valer uno de tales títulos como idóneo, y así poder aplicar las respectivas equivalencias o compensaciones aquí. Advierte la Sala que en el Decreto 2912 de 31 de diciembre de 2001 (art. 4-numeral 2-) se consignaron esencialmente los mismos supuestos normativos señalados en el numeral 2° del artículo 2 del Decreto 1444 de 1992. Es decir que la obligación de someterse al proceso de homologación o de convalidación no ha perdido vigencia. En conclusión, sin el cumplimiento del requisito exigido en la ley, esto es, la convalidación del título obtenido en la Universidad Politécnica de Madrid, no es posible ordenar que se asigne puntaje ni decretar el incremento salarial que está demandando el actor pues, sin ese presupuesto, no es viable jurídicamente su reclamación.

[Sentencia de 21 de octubre de 2009, Exp. 76001-23-31-000-2003-02116-01\(1958-08\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN](#)

### **4. NULIDAD DEL LITERAL E) DEL ARTICULO 2° DE LA ORDENANZA 050 DE 1999 - Facultades extraordinarias al Gobernador para expedir la planta de personal de la Contraloría Departamental. Efectos / REFORMA DE PLANTA DE PERSONAL DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL - Iniciativa del Contralor**

En atención a que la actora solicitó la declaratoria de nulidad del Decreto Departamental No. 401 de 30 de diciembre de 1999, en cuanto suprimió el cargo que desempeñaba y que el fundamento para la expedición de dicho Decreto, lo constituye el literal e) del artículo 2° de la Ordenanza No. 050 de 8 de enero de 1999, que fue declarado nulo por el Tribunal Administrativo de Santander, decisión que fue confirmada por la Sección Segunda de la Corporación; es por lo que la Sala estima que se hace necesaria la referencia a la nulidad de esta última disposición. Pues bien, la Sección en aquella oportunidad, para confirmar la declaratoria de nulidad del literal e) del artículo 2° de la Ordenanza No. 050 de 8 de enero de 1999, tuvo en cuenta que la Asamblea Departamental por medio de la misma, amplió la Ordenanza No. 001 de 13 de febrero de 1998, que le concedió facultades al Gobernador para celebrar con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público un convenio de desempeño. En atención a que era necesario el ingreso del Departamento al Programa de Apoyo al Saneamiento Fiscal y Fortalecimiento Institucional de las Entidades Territoriales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público -PASFFIET-, la Asamblea otorgó facultades al Gobernador para la formulación y ejecución del proyecto de reforma territorial -PRET-, entre las que se encuentran la contenida en el literal e) de su artículo 2°, referida a la expedición de la planta de personal de la Contraloría Departamental. Si bien es cierto, el Contralor participó en el proceso de reestructuración de la Contraloría, pues fue quien creó el Comité Interdisciplinario encargado de la realización del estudio técnico para la reforma de la planta de personal, además suscribió dicho estudio y expidió la Resolución No. 906 de 13 de diciembre de 1999 que lo adoptó, no es menos cierto, que no se demostró que la mencionada reforma fuese producto de su iniciativa, requisito necesario para la reestructuración de la planta de personal del ente de control fiscal, tal como lo dispone el artículo 3° de la Ley 330 de 1996

**SENTENCIA DE CONDENA LABORAL - Reconocimiento de intereses moratorios e indexación / CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA JUDICIAL - Condena al pago de sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir debidamente indexados desde su desvinculación efectiva y hasta su reintegro / INTERESES MORATORIOS - Plazos dentro de los cuales las sumas reconocidas en sentencias condenatorias empiezan a devengar intereses moratorios / SENTENCIA DE CONDENA LABORAL - Adición en el sentido de ordenar el cumplimiento del fallo**

La demandante sustentó su apelación adhesiva, en el sentido de que la condena se debe indexar hasta su ejecutoria y de ahí en adelante genera intereses moratorios, teniendo en cuenta que las cantidades que se sigan causando hasta cuando se produzca el reintegro también generan intereses. Además, pide que se conceda la condena en costas a la demandada, porque innecesariamente alargó la litis, a sabiendas que la jurisprudencia de la Corporación determinó todo lo contrario a lo que pretendía, con la declaratoria de nulidad de la Ordenanza No. 050 de 1999, que habilitaba acceder a las súplicas de la demanda. Al respecto la Sala observa, que el fallo recurrido fue claro en determinar que debían ser cancelados a la demandante los sueldos, las prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde su desvinculación efectiva y hasta su reintegro con la debida indexación; con lo que es claro, que su petición de indexación hasta la ejecutoria del fallo, antes que beneficiar a la demandante le desmejora su situación, porque es evidente que el reintegro se producirá tiempo después de encontrarse ejecutoriada la sentencia. En cuanto a los intereses, la Sala advierte que según lo dispuesto por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia, dictarán dentro del término de 30 días contados desde su comunicación, la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento; ello significa, que una vez se haya dictado la providencia y esta se encuentre en firme, la autoridad judicial competente, debe proceder a comunicar la decisión a la entidad vencida, remitiéndole copia íntegra de la providencia, para que esta proceda a dictar la respectiva resolución de cumplimiento del fallo dentro de los 30 días siguientes al recibo de la mencionada comunicación, sin tomarse el tiempo de 18 meses de que trata el artículo 177 ibídem. Esta última disposición sanciona la actividad omisiva de la Administración para el cumplimiento voluntario de providencias, contemplando la posibilidad de que las condenas sean ejecutadas ante la Justicia Ordinaria luego de

transcurrido dicho término, al tiempo que dispone el reconocimiento de intereses moratorios, que de acuerdo con lo considerado por la Corte Constitucional, se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia. Se tiene entonces, que la condena tal como fue ordenada por el *a quo* se encuentra ajustada a derecho y solo le resta a la Sala ordenar el cumplimiento de la misma de conformidad con lo preceptuado por los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, en el sentido de que se ordena la condena al pago de los sueldos, las prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir debidamente indexados desde su desvinculación efectiva y hasta su reintegro, debiéndose descontar lo pagado por indemnización también debidamente indexado por la supresión del cargo que desempeñaba, así como también el monto de los demás conceptos laborales pagados con ocasión de la supresión, junto con los intereses de mora a partir de la ejecutoria de la sentencia.

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

[Sentencia de 21 de octubre de 2009, Exp. 68001-23-15-000-2000-01152-01\(1438-08\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.](#)

#### **5. a) PROCURADORES DELEGADOS, COMO AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO, PUEDEN INTERPONER LA ACCIÓN DE NULIDAD**

A juicio del Consejo de Estado, la finalidad del precepto y de la Institución del Ministerio Público, es amplia, lo que significa que la “defensa” de los intereses de la sociedad que le confía la Carta, supone la posibilidad de promover las acciones necesarias en defensa del orden jurídico y del patrimonio público. No es admisible limitar la potestad del Ministerio Público a la de ser convidado a los procesos judiciales iniciados por otros, sino que a su disposición están las acciones judiciales, en especial las acciones públicas como la de nulidad, para lograr el cumplimiento de los fines de la institución. No está sujeto el Ministerio Público a las ataduras que cree ver el demandado recurrente, ni la sutil distinción entre delegado y agente, que puede frustrar el cumplimiento de la obligación que descansa a hombros del Ministerio Público de ser defensor del orden jurídico y del patrimonio público. Y, en el caso presente, en presencia de un acto administrativo que contraría el ordenamiento no podría excluirse al Ministerio Público de lo que es, no solo una posibilidad sino un deber imperativo, el de reclamar la nulidad, potestad incluso que se extiende al ataque a los actos privados como señala el artículo 1742 del Código Civil, que expresamente autoriza al Ministerio Público para demandar la nulidad de los contratos en defensa del ordenamiento jurídico. Y si tal cosa puede hacer el Ministerio Público respecto de los actos privados, con mayor razón respecto de los actos administrativos, en especial si ellos no solo afectan normas de orden público, sino que menoscaban el patrimonio público como acontece con la causación de una pensión indebidamente concedida. Pero si alguna duda subsistiera, el inciso final del artículo 277 de la Carta Política establece con toda nitidez que la Procuraduría “podrá interponer las acciones que considere necesarias”, de donde se sigue que esa competencia originada directamente en texto constitucional no puede ser restringida sino cuando el legislador la haya condicionado de modo expreso, cosa que no ha acontecido. A su vez, el artículo 278 de la Constitución Política establece aquellas funciones reservadas al Procurador General de la Nación, de lo cual se sigue que sus agentes o delegados pueden ejercer las demás, a menos que haya una restricción legal que en este caso no existe. No está demás señalar, que el Decreto Ley No. 262 de 2000 expedido por el Presidente de la República de conformidad con las autorizaciones concedidas por el numeral 4º, del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, se erige en el Estatuto Orgánico de la Procuraduría General de la Nación. Tal estatuto de modo explícito estableció en el artículo 38 que dentro de las funciones preventivas y de control que ejercen los Procuradores judiciales están las de: “1. Interponer las acciones populares, de tutela, de cumplimiento, de nulidad de actos administrativos y nulidad absoluta de los contratos estatales, y las demás que resulten conducentes para asegurar la defensa del orden jurídico, en especial las garantías y los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente o el patrimonio público.

**b) SE DECLARA NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO POR EL CUAL SE RECONOCE PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR COMPUTO DOBLE DE TIEMPO DE SERVICIO**

No es cierto que la norma citada por el recurrente haya establecido 15 años como tiempo de servicios suficiente para obtener la jubilación. Así, el artículo 2° de la Ley 33 de 1985, citado por el recurrente, es una norma de transición que no consagra 15 años como tiempo suficiente para ganar el beneficio de la pensión, tampoco el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 consagra ese privilegio. No es aplicable al caso la Ley 6ª de 1945, como sugiere el demandado, pues conforme a ella tampoco éste tendría derecho a la pensión reconocida, por cuanto dicha normativa también exige 20 años de servicio para el reconocimiento del derecho pensional. Por otra parte, hay que precisar que la pensión del actor está regulada por la Ley 33 de 1985 y no por la Ley 6ª de 1945, porque para la fecha en que entró a regir la Ley 33 de 1985, él no tenía los 15 años de servicio. En suma, ninguna de las normas citadas por el demandado consagra el privilegio de la pensión de jubilación con menos de 20 años de servicios y este jamás ha pedido ante la administración que le sea concedida con ese límite, pues siempre intentó, aunque vanamente, demostrar 20 años de servicios prestados. Sobre el motivo de fondo que originó la anulación del Acto decretado en la Sentencia impugnada ha de decirse que luego de examinar las certificaciones allegadas para cuantificar el tiempo de servicios y, si hubo doble cómputo de los periodos para el reconocimiento de la pensión, se concluye sin duda alguna que el tiempo de dos años y ocho meses debe ser descontado, pues resulta del ejercicio simultáneo de dos empleos que no se pueden acumular para efectos de cotización en entidades del orden público, lo que arroja un tiempo real total laborado de solo 18 años, 7 meses y 13 días, e indica que el tiempo es insuficiente para obtener la pensión de jubilación en los términos del inciso 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985. Este hecho, además de estar demostrado hasta la saciedad, no fue controvertido por el recurrente, quien ni una línea de su recurso destinó a demostrar que sí cumplía el presupuesto de 20 años de prestación de servicios, pues como ya fue explicado, el recurrente se deslizó hacia la demostración de la posibilidad de pensión con solo 15 años de vinculación

[Sentencia del 5 de noviembre de 2009, Exp. 17001-23-31-000-2001-01275-01 \(1593-06\), M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA](#)

**6. LA COMPAÑERA PERMANENTE DEBE ACREDITAR LA CONVIVENCIA MAYOR A 2 AÑOS CON EL CAUSANTE, PARA TENER DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL, PERO NO ES REQUISITO LEGAL EL PROBAR UNA EXCELENTE RELACIÓN DE PAREJA**

Si bien los terceros intervinientes y la entidad demandada pretenden desvirtuar la convivencia efectiva de la demandante al momento de fallecimiento del señor Ibarra Spir, aduciendo la existencia de una carta en la que el causante advierte que no convive con la señora Ochoa Rivera; que días antes de su fallecimiento no se encontraba con el causante y no asistió a las honras fúnebres, para la Sala, dichas argumentaciones no alcanzan la capacidad para negar el derecho que le asiste al reconocimiento pensional. En efecto, al observar la carta fechada el 4 de septiembre de 1996, es decir, 18 días antes del fallecimiento, si bien Álvaro Hernán Ibarra Spir expresa que ya no convive con “aquella” señora, no puede esta Sala ligeramente concluir que la relación se había acabado definitivamente, todo lo contrario, lo que advierte es su existencia y los problemas emocionales por los que estaba atravesando en ese momento, y que son comunes en una relación de pareja, máxime cuando de por medio existe una enfermedad terminal como el cáncer. El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, no exige que la compañera permanezca las 24 horas postrada con el pensionado; carecer de disgustos, peleas y malos entendidos, incluso aquellos en los que se abandona temporalmente el hogar; o que deba asistir a las honras fúnebres. Si bien, podrían estas conductas presuponer una excelente relación de pareja, lo cierto es que para los efectos legales basta demostrar los requisitos de la ley, Vr. Gr., ostentar una vida marital con una convivencia mayor a dos (2) años antes del fallecimiento, sin entrar a debatir si existía una excelente relación de pareja, debiéndose apartar el Juzgador de apasionamientos y premisas morales sobre la



conducta de los sujetos procesales, pues lo que se pretende garantizar también, es la subsistencia de la compañera durante el resto de sus años.

[Sentencia del 6 de agosto de 2009, Exp. 76001-23-31-000-1999-00356-01 \(2114-07\), M.P. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

**7. a) LA INSUBSISTENCIA POR CALIFICACIÓN INSATISFACTORIA DE SERVICIOS NO IMPLICA LA PÉRDIDA DE DERECHOS DE CARRERA DEL EMPLEADO PUBLICO EN RELACIÓN CON OTRO CARGO EN EL CUAL SE ENCUENTRE INSCRITO EN CARRERA**

En criterio de la Sala, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento de Visitador Fiscal, por calificación insatisfactoria, no implicaba la pérdida de sus derechos de carrera administrativa en el cargo de Secretaria Auxiliar. En efecto, aparece demostrado en el proceso que la demandante fue inscrita en carrera administrativa como Secretaria Auxiliar, desde el 9 de septiembre de 1993, mediante Resolución No. 01 proferida por la Comisión Seccional del Servicio Civil. Es claro que la demandante tenía derechos de carrera en el cargo de Secretaria Auxiliar, pues ingresó a él mediante concurso u oposición de méritos convocado mediante actos administrativos que se presumen legales y estaban vigentes al momento de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento. En otras palabras, como la demandante accedió al cargo de Secretaria Auxiliar, mediante concurso u oposición de méritos aplicando un criterio material o sustancial, debe deducirse que ostentaba derechos de carrera con respecto a este cargo. Además, el hecho de haber accedido a ocupar otro puesto de carrera no implica la pérdida de los derechos de carrera conforme al artículo 7º de la Ley 27 de diciembre 23 de 1992 expedida en desarrollo del artículo 125 de la Constitución Política de 1991. Conforme al artículo 7 de la Ley 27 de 1992 el hecho de entrar a ocupar un cargo de carrera administrativa no implica ni su retiro del servicio ni por consiguiente la pérdida de los derechos de carrera del puesto que venía ocupando y en el que gozaba de relativa estabilidad laboral. Es más, para retirarla del cargo de Secretaria Auxiliar, por calificación insatisfactoria, debieron calificarle sus servicios con respecto a este puesto o bajo las formas propias de un empleado inscrito en carrera administrativa y no con respecto a un empleado en período de prueba, pues, entre otras cosas, los períodos a calificar son disímiles.

**b) NO HAY LUGAR A RETIRAR DEL SERVICIO POR DECLARATORIA DE ABANDONO DEL CARGO A UN EMPLEADO PUBLICO POR ENCONTRARSE DESEMPEÑANDO OTRO CARGO EN PERÍODO DE PRUEBA .**

En lo que atañe al artículo 7º literal h) de la Ley 27 de 1992 que consagró el retiro del servicio de los empleados de carrera, por “declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo”, aunado al acervo probatorio que obra en el expediente, es claro que la supuesta declaratoria de vacancia señalada por el Contralor Municipal de Magangué - Bolívar del cargo de Secretaria Auxiliar el 23 de febrero de 1998 mediante la Resolución No. 022, no existió ni pudo haberse producido. En efecto, para que se produjera la vacancia definitiva - como lo consideró el nominador- y consecuentemente vacancia por abandono del cargo - como lo sostuvo el Tribunal -; era necesario que de conformidad con el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973 la actora hubiera dejado de concurrir sin justa causa al trabajo por tres (3) días consecutivos, al cargo de Secretaria Auxiliar de la Contraloría Municipal de Magangué-Bolívar. Sin embargo, no obra prueba de su ausencia en esa fecha, por ende es evidente no se configuró la causal de abandono del cargo de Secretaria Auxiliar. Es más el para la fecha en que la actora fue nombrada en el cargo para el cual concursó y ocupó el primer puesto, esto es el de Revisor Fiscal en período de prueba de 4 meses, el 2 de enero de 1998 mediante la Resolución 001 el ente territorial nombró en el cargo de Secretaria Auxiliar también por un período de 4 meses a la señora FLORDELINA QUINTERO DE GOMEZ mediante Resolución No. 002 del mismo año lo que descarta la posibilidad de declarar la vacancia en un cargo ocupado provisionalmente por otro empleado. Por abandono del empleo ha de entenderse la dejación voluntaria que el servidor público hace de los deberes que son inherentes al cargo que desempeña; es una inasistencia, un "apartamiento efectivo y real" del servicio en circunstancias



tales que el hecho produzca un daño o perjuicio a la Administración Pública y a los servicios que la misma presta. Ha de ser real, efectivo, con los consecuentes perjuicios que el hecho ocasione. Como se demostró que el abandono del cargo no existió ni se produjo un perjuicio a la Administración, la actora no incurrió en la causal que da lugar a la vacancia por abandono del cargo por lo que habrá de concluirse, simplemente, que la causal aducida es inexistente.

[Sentencia del 19 de marzo de 2009, Exp. 13001-23-31-000-1998-00312-01 \(4610-02\). M.P. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

## SECCIÓN TERCERA

### 1. a) EL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO CONSTITUYE TÍTULO EJECUTIVO

Cuando se realiza la liquidación bilateral o por mutuo acuerdo del contrato, la respectiva acta suscrita entre las partes, contiene obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo de las mismas, de tal suerte que dicho documento constituye título ejecutivo y ello es así, como quiera que dicho acto se constituye en un negocio jurídico extintivo en el que las partes en ejercicio de su autonomía privada definen las cuentas del mismo, precisan el estado en que quedaron las prestaciones - créditos y deudas recíprocas- y se obligan a lo estipulado en el documento que se suscribe y la contiene. Igualmente, atendiendo a la naturaleza y a la finalidad de la liquidación del contrato, ha sido criterio inveterado de la Corporación que si se realiza la liquidación bilateral, esto es, por mutuo acuerdo entre la administración y su contratista, y no se deja salvedad en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes en el acta en la que se vierte el negocio jurídico que extingue el contrato, no es posible que luego prospere una demanda judicial de pago de prestaciones surgidas del contrato. Así, sobre los efectos que se desprenden del acta de liquidación de un contrato suscrita por acuerdo entre las partes, la Sala también se ha pronunciado en los siguientes términos: El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él. En suma, el acta de liquidación suscrita entre las partes constituye título ejecutivo.

### b) CUANDO EL TÍTULO EJECUTIVO PROVIENE DE UN NEGOCIO JURÍDICO O DE UN DOCUMENTO EN EL QUE EL DEUDOR RECONOCE EXPRESAMENTE UNA OBLIGACIÓN, LA PROPOSICIÓN DE EXCEPCIONES NO QUEDA LIMITADA POR EL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 509 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El mecanismo fundamental que se encuentra al alcance del ejecutado, para ejercer su derecho de defensa en el trámite del proceso ejecutivo, es la interposición de excepciones de mérito, con la finalidad de enervar la pretensión, esto es, con el propósito de dejar sin fundamento la obligación contenida en el documento correspondiente que sirve como título ejecutivo y, por consiguiente, su carácter de clara, expresa o exigible. En otras palabras, se trata de medios de defensa que atacan la obligación material contenida en el título de recaudo ejecutivo y que implican su desconocimiento total o parcial. Sin embargo, la procedencia de estas excepciones se encuentra limitada por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o laudo de condena, o en otra providencia que conlleven ejecución, solo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos

posteriores a la respectiva providencia.”. Disposición que la jurisprudencia de esta Sala ha considerado aplicable a los procesos ejecutivos cuyo conocimiento corresponde a esta Sala, cuando el título ejecutivo base del recaudo, se encuentra integrado por un acto administrativo. Ahora bien, se pregunta la Sala qué sucede en los casos en los cuales, el título ejecutivo no está integrado por una “providencia judicial”, sino que proviene de un negocio jurídico o de un documento en el que el deudor reconoce expresamente una obligación, como sucede, en materia de los contratos estatales, en los casos en los cuales se procede de común acuerdo a su liquidación. A este respecto, se considera que en estos eventos de conformación de un título ejecutivo complejo, la procedencia de las excepciones de mérito no tienen el límite anotado a efectos de enervar la procedencia del cobro de la obligación en él contenida, toda vez que resulta aplicable el numeral primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo el demandando podrá proponer excepciones de mérito, expresando los hechos en que se funden”, disposición que no limita la procedencia de las mismas a unas específicas y determinadas, como ocurre en el evento previsto en el numeral 2 de dicha disposición, al cual ya se hizo referencia. Es por lo anterior que en estos eventos, es viable el estudio de excepciones de carácter dilatorio, tales como la falta de exigibilidad de la obligación por no haber llegado la fecha del vencimiento para efectos de su cumplimiento o acaecido la condición a la cual se encontraba supeditada; extintivas encaminadas a desconocer el acto de donde proviene la obligación y, por contera, la existencia de la misma; o en fin impositivas las cuales sin desconocer el acto respectivo suponen circunstancias para la extinción de la obligación.

#### **c) CONDICIONES PARA QUE PROSPERE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO (EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS)**

Quien pretenda el cumplimiento o la resolución sin haber cumplido previa o simultáneamente las obligaciones que le corresponden, puede ver frustrada su pretensión por la excepción de contrato no cumplido (*non adimpleti contractus*), que el otro contratante oponga y que se ha fundado, según la doctrina y la jurisprudencia, en lo dispuesto en el art 1609 Código Civil, según el cual “*en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y en el tiempo debidos.*” Por el contrario, quien ha cumplido el contrato, pero ha sido víctima del incumplimiento de la otra parte, se libera de la ley contractual, porque puede pedir que el contrato se resuelva, aunque también, según le convenga, puede pedir que el otro contratante sea condenado a cumplir. Las reglas explicadas en precedencia, propias del régimen del derecho común, son aplicables en relación con la responsabilidad contractual del estado ya que la misma puede comprometerse con fundamento en la culpa (art. 50 de la Ley 80 de 1993), es decir, una responsabilidad con falta, derivada de una conducta de incumplimiento de las obligaciones contractuales pero sujetas o armonizadas con las reglas del derecho administrativo en caso de que exista norma expresa en éste y, por supuesto, con prevalencia del interés público. En definitiva, esta Corporación determinó entonces su aplicación condicionada principalmente al cumplimiento de estos requisitos: a) existencia de un contrato sinalagmático, fuente de obligaciones recíprocas o correlativas; b) no cumplimiento actual, cierto y real de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; c) un incumplimiento serio, grave, determinante, y si se trata de la Administración tiene que poner al contratista en razonable imposibilidad de cumplir, y d) que el que la invoca no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo. Se concluye entonces que, en los eventos en que mediante un proceso ejecutivo la parte ejecutante pretenda el cobro de una obligación, clara, expresa y exigible reconocida en su favor en contrato bilateral sinalagmático, será procedente la *exceptio non adimpleti contractus*, cuando quiera que no haya cumplido o no se haya allanado a hacerlo, toda vez que como se explicó en este tipo de relaciones jurídicas lo fundamental es la existencia de obligaciones recíprocas en cabeza de las partes. Es claro entonces, se reitera, que la obligación reconocida en el acta de liquidación no es correlativa al cumplimiento de los compromisos adquiridos en el proyecto de acta de acuerdo, como quiera que dicho pago corresponde a la previa ejecución del contrato 1067 suscrito entre el INVÍAS y el DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA y que dicha acta contiene una obligación, clara,

expresa y exigible por este concepto, reconocida por el deudor, esto es, el INVÍAS, razón por la cual es procedente su cobro por la vía ejecutiva y todos aquellos aspectos a que se refieren los testimonios practicados en el proceso sobre el supuesto incumplimiento tanto del contrato como de los compromisos asumidos en el proyecto de acta de acuerdo, deberán ser reclamados por la entidad a través de los mecanismos procesales establecidos para tal efecto.

#### **d) CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN CONDICIONAL Y REQUISITOS PARA SU PROPOSICIÓN COMO EXCEPCIÓN**

Este tipo de obligación presenta las siguientes características esenciales: i) debe consistir en un hecho futuro y, por lo mismo, excluye el hecho pasado o presente, al igual que el plazo; es decir, se trata de un hecho que está por venir, después de celebrado el negocio jurídico; ii) debe ser objetivamente incierto, es decir, no puede conocerse si se realizará o no, y en esto difiere del plazo porque en éste se sabrá que ocurrirá el hecho que lo constituye, aunque no se sepa exactamente cuándo; iii) es de carácter excepcional y no se presume, es decir, que debe ser expresamente pactada en el contrato mediante cláusulas accidentales o prevista en la ley. Ahora bien, de acuerdo con la legislación civil, la condición puede ser positiva o negativa. La condición también puede ser potestativa, casual o mixta. La ley establece que si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida y sujeta a la misma regla las condiciones cuyo sentido y el modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles (art. 1537 C.C.). La Corte Suprema de Justicia afirma que al fallar una condición, la obligación no se convierte en pura y simple, sino que desaparece o se extingue, y que cuando falla la condición el contrato o el negocio no se torna nulo, simplemente desaparece la correspondiente obligación y se debe restituir las prestaciones recibidas cuando dicho contrato alcanzó a ser ejecutado. Por su parte, Al tenor del artículo 1551 del Código Civil *“El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación”*. Sin embargo, la doctrina ha entendido, en una perspectiva jurídica más amplia que abarca las obligaciones y derechos, que el plazo es *“...un hecho futuro y cierto del que pende el goce actual o la extinción de un derecho...”* (art. 1138 C.C.). En tal virtud, son notas características del plazo: i) ser un hecho futuro que debe realizarse con posterioridad al acto o contrato; y ii) ser cierto, esto es, que pueda saberse dentro de las previsiones humanas que se realizará. En el presente asunto, en el acta final No. 314 en la que se liquidó el contrato 1067/94, según se señaló, el INVÍAS reconoció como saldo pendiente la suma \$667.679.668,60 equivalente a 2.483.923.00 coronas danesas, el cual se cancelaría con un crédito del Banco Mundial no reembolsable, a la tasa representativa del mercado del día en que se hiciera efectivo el pago. En conclusión, en el presente asunto se encuentra demostrado: i) que en el acta de liquidación la entidad demandada reconoció deber una suma de dinero como contraprestación de la ejecución a satisfacción del contrato de consultaría No 1067/94; ii) que, en rigor, en el acta de liquidación no se sometió o subordinó el pago de la deuda a la aprobación de un crédito por parte de la banca internacional, es decir, no se condicionó su cancelación, sino que simplemente se mencionó la fuente de los recursos que la entidad iba a utilizar para tal efecto; iii) que la obtención de los recursos era una obligación de la entidad deudora para satisfacer su obligación, sin que el no adelantamiento de las gestiones para obtener el crédito la libere del cumplimiento de su obligación dineraria, dado que, de antemano, las partes habían acordado una fecha (plazo) para el pago total de la obligación (1 de noviembre de 2000) y iv) que al vencimiento de dicha fecha, y para la presentación de la demanda, esa suma de dinero aún no ha sido satisfecha por la entidad deudora, razón por la cual lo procedente, sin que con ello se vulnere el principio de la buen fe contractual, era iniciar el trámite del proceso ejecutivo respectivo, para efectos de la satisfacción de su derecho y el cobro de los intereses.

#### **e) PARA QUE PROSPERE LA EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN DEBE TRATARSE DE OBLIGACIONES RECÍPROCAS, REEMPLAZABLES, EXIGIBLES Y LÍQUIDAS**

La compensación es un modo de extinción de las obligaciones recíprocas de las partes, que tiene por finalidad evitar un doble pago entre ellas y que se aplica en aquellos eventos en los cuales dichas partes son “acreedora y deudora de la otra de cosas de género iguales y, por ello, fungibles o

intercambiables entre sí”. De la lectura de los artículos 1714 y siguientes del Código Civil, para que opere por disposición de la ley dicho modo de extinción de las obligaciones, es necesario que concurren los siguientes requisitos a saber: (i) Que se trate de obligaciones recíprocas entre dos personas, esto es que cada una de las partes debe ser deudora “personal y principal de la otra” según la exigencia establecida en el artículo 1716 *ibidem*. (ii) Que el objeto de dichas obligaciones recíprocas sea dinero o cosas fungibles, esto es, que se trate de aquellas que pueden ser reemplazadas por otras de igual calidad y género, razón por la cual no es viable la compensación de obligaciones de dar cuerpos ciertos, toda vez que se trata de cosas determinadas que no pueden ser sustituidas por otras de su misma clase. Es por lo anterior que la doctrina ha considerado que “no son compensables entre sí las obligaciones de hacer propiamente dichas, o sea las que versan sobre la ejecución de un hecho, ni las de no hacer que tienen por objeto una abstención. Nuestro Código no da pie a controversias que aún subsisten...ya que el comentado ordinal 1° del art. 1715 se refiere a las cosas fungibles, circunscribiendo así el ámbito de la compensación a las obligaciones de dar o de entregar cosas de esta clase”. (iii) Que las obligaciones sean exigibles, esto es que su nacimiento o cumplimiento no se encuentren sometido a un plazo o a una condición, o que estándolo ya hayan ocurrido. (iv) Que las obligaciones sean líquidas, esto es que se encuentre determinado el monto al cual asciende cada una de ellas. La Sala considera que no es procedente la compensación de las obligaciones, como quiera que no se verifican los presupuestos para ello. En efecto, la obligación asumida por el INVÍAS, consiste en pagar una suma dinero, y la del DIRECTORADO DE CARRETERAS DE DINAMARCA, no implica una obligación de dar, sino que conlleva una prestación de hacer, esto es, de nombrar un ingeniero experto, razón por la cual la obligación no es líquida porque su monto no se encuentra cuantificado, y no implica la entrega de una cosa “fungible”, esto es que pueda ser cambiada por otra de igual calidad o género.

**f) EL PROCESO EJECUTIVO NO FINALIZA CON LA SENTENCIA DE SEGUIR ADELANTE LA EJECUCIÓN. PARA LA ENTREGA DE DINEROS EMBARGADOS SE REQUIERE LA LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO**

El proceso ejecutivo no finaliza con la sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución y por ello el Código de Procedimiento Civil establece la fase de la liquidación del crédito, la cual supone la determinación con exactitud del valor actual de la obligación, adicionada con los intereses y otros conceptos por los cuales se haya dispuesto la orden de pago, e incluso comprende la fijación de su valor de acuerdo con la tasa de cambio, cuando se haya pactado en moneda extranjera. Así las cosas, es claro que una vez se dicta sentencia de mérito sea que en ella se modifiquen las bases o no del mandamiento ejecutivo, no es viable la entrega de los dineros embargados al ejecutante, como quiera que en ese estado del proceso, no se tiene certeza del monto final de la deuda y por ende es necesario que previamente a dicha entrega se determine el valor al cual asciende la obligación. Lo contrario, esto es, ordenar la entrega de los títulos embargados en la sentencia, implicaría pretermitir una instancia fundamental del proceso ejecutivo y ordenar el pago de una obligación ilíquida, toda vez que, se reitera, en ese momento del proceso no se tiene certeza del valor al cual asciende la misma.

[Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-26-000-2002-01920-02 \(32666\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN EJECUTIVA](#)

**2. a) SON DEBERES DE LOS APODERADOS JUDICIALES ATENDER SUS ENCARGOS PROFESIONALES CON CELOSA DILIGENCIA, PARA LO CUAL PUEDEN ACTUAR A PARTIR DEL ACTO DE APODERAMIENTO, SIN QUE SE REQUIERA EL RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA POR PARTE DEL JUEZ**

Comoquiera que la Constitución garantiza el acceso a la Administración de Justicia, esto es, se reitera, protege la posibilidad que tiene cualquier ciudadano de solicitar a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley, siempre y cuando, como complemento de esa garantía, acudir a través de un abogado, salvo que la ley disponga otra cosa, puede concluirse que el apoderado constituido para estos efectos -en los

eventos en los cuales, precisamente, actúe en nombre y representación de otra persona- se encuentra habilitado para intervenir en el proceso desde el mismo momento del acto de apoderamiento, es decir, desde el momento en el cual el poderdante u otorgante, a través de un acto jurídico unilateral, recepticio, faculta a otra llamada apoderado, mandatario, procurador (entre otros calificativos) para que actúe o celebre, en nombre y por cuenta del primero, uno o varios negocios jurídicos, actuación que tendrá la connotación de judicial cuando dicha facultad se otorgue en relación con la intervención ante la Administración de Justicia. En efecto, toda vez que cualquier persona puede intervenir ante la Administración de Justicia, el apoderado que deba actuar en su representación podrá acudir y acceder ante los órganos judiciales, desde el momento en el cual el interesado lo hubiere autorizado y expresamente facultado, situación que ocurre desde el momento en el cual se otorga el poder correspondiente. Desde el momento en el cual un profesional del derecho acepta prestar sus servicios, se encuentra en el deber, dentro de muchos otros, de atender sus encargos profesionales con una “celosa” diligencia, la cual tratándose de los procesos judiciales está encaminada principalmente a desarrollar las labores adecuadas y necesarias para defender los intereses de su poderdante, entre las cuales se encuentran, por ejemplo, la atención de los procesos y de su desarrollo, presentar las solicitudes y recursos pertinentes, al igual que le corresponde estar pendiente de los términos y de las oportunidades procesales y, en general, le incumbe estar al tanto de todas las situaciones que se originen en desarrollo y en ejecución del proceso respectivo. Ahora bien, cabe advertir que no existe norma jurídica alguna que condicione la intervención y actuación del apoderado hasta tanto el órgano judicial dicte la providencia que le reconozca personería, en otras palabras, en parte alguna del ordenamiento se encuentra previsto que sólo a partir del momento de ejecutoria del auto que se reconozca personería al nuevo apoderado, lo habilita para actuar en el proceso, de lo contrario, esto es en el evento en que el mencionado reconocimiento fuere un presupuesto para la intervención y actuación del abogado, éste ni siquiera podría presentar la demanda, lo cual sería a todas luces violatorio del derecho al Acceso a la Administración de Justicia y con éste del derecho de acción, además de que sería contrario a toda lógica jurídica. De lo anterior pueden deducirse dos afirmaciones: i) que el pronunciamiento que haga el operador judicial en el sentido de reconocer personería tiene efectos declarativos y no constitutivos, en la medida en que se acepta que el apoderado que decía actuar en nombre de determinada parte reúne las condiciones y requisitos para ejercer válidamente esa representación; y como consecuencia de lo anterior; ii) que cualquier pronunciamiento que sobre este aspecto se realice, sea reconocer, o no, personería, podría eventualmente afectar la validez o eficacia de los actos desarrollados por el apoderado con anterioridad al dicho pronunciamiento o afectar, en igual sentido, los actos que pretenda cumplir con posterioridad, para lo cual habría que darse el tratamiento previsto en los artículos 140 y siguientes del C. de P. C., según corresponda, pero en ningún momento tendría el efecto de habilitar el inicio de la intervención y actuaciones del apoderado, como lo alegó el recurrente, puesto que, se reitera, dicha habilitación surge con el acto de apoderamiento. En el caso concreto se encuentra que mediante memorial allegado al Despacho del Tribunal a quo el 10 de noviembre de 2008, la parte demandante otorgó poder a un nuevo apoderado para que ejerciera su defensa judicial. Analizado el poder puede observarse que el poderdante lo confirió el 4 de noviembre de 2008, según consta en la nota de presentación personal correspondiente. En consecuencia, desde el 4 de noviembre de 2008 estaba habilitado el apoderado para intervenir y actuar en el proceso, a quien ya le era exigible el deber de la “celosa” diligencia que resulta predicable de un profesional del Derecho que por sus conocimientos especializados en relación con las normas sustanciales y procesales, debía poner todo su empeño en la realización de las actividades pertinentes y adecuadas para defender los intereses de su poderdante. En este sentido no resulta acertado lo que alega el apoderado del recurrente en el sentido de justificar su falta de actuación en el proceso en la omisión por parte del Tribunal de reconocerle personería, en la medida, se reitera, que la habilitación para intervenir no surge de la citada providencia sino del acto de apoderamiento.

**b) EL INCIDENTE DE LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS DEBE PRESENTARSE DENTRO DE LOS 60 DÍAS SIGUIENTES A LA EJECUTORIA DE LA SENTENCIA, SEGÚN LAS CONSTANCIAS PROCESALES, SIN QUE PUEDA OBIARSE O VARIARSE POR UN ERROR EN LA CERTIFICACIÓN QUE AL RESPECTO**



**EXPIDA EL SECRETARIO**

Dice el recurrente que ajustó su comportamiento a la certificación expedida por el Secretario del Tribunal, la cual, al tener la naturaleza de documento público, constituía plena prueba de lo contenido en ese documento, razón que lo llevó a confiar plenamente en que la fecha de ejecutoria de la sentencia había sido la indicada en la certificación y por ello contó el término de los 60 días para iniciar el incidente de regulación de perjuicios desde esa fecha. Analizado el expediente se encuentra que el Tribunal Administrativo de Nariño profirió sentencia el 30 de enero de 2009, mediante la cual declaró responsable al Municipio de Mocoa de los daños causados al demandante por el retraso, mora y daños ocasionados al vehículo automotor de placa VXA-710, cuya posesión ostentaba. A folio 433 obra el edicto en el cual consta que fue fijado el 11 de febrero por el término de 3 días y desfijado el 13 de febrero de 2009, por lo anterior resulta claro que la sentencia quedó ejecutoriada el 18 de febrero de ese mismo año. Respecto de la certificación de la fecha de ejecutoria de la sentencia expedida por el Tribunal, la Sala encuentra que fue aportada en *copia simple* dentro de los anexos que hacían parte del escrito mediante el cual se propuso el incidente de regulación de perjuicios, circunstancia que impide su valoración, de conformidad con la abundante jurisprudencia que al respecto ha edificado esta Corporación. Habida consideración de que el documento allegado carece de eficacia probatoria, le impide a la Sala pronunciarse sobre los argumentos que en relación con este documento esgrimió la parte demandante. Así las cosas, dado que la ejecutoria de la sentencia se produjo el 18 de febrero de 2009, como bien lo adujo el Tribunal Administrativo de Nariño, el término de los 60 días previstos en la ley para promover el incidente de regulación de perjuicios venció el 22 de mayo de 2009 y comoquiera que el incidente se promovió el 18 de junio de 2009, encuentra la Sala que se ejerció cuando el término respectivo había fenecido.

[Auto interlocutorio de 25 de noviembre de 2009. Exp. 52001-23-31-000-1999-00374-01 \(37451\). M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

**3. a) EL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR DAÑOS ORIGINADOS EN LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EMPIEZA A CONTABILIZARSE DESDE LA EJECUTORIA DE LA PROVIDENCIA PENAL ABSOLUTORIA**

En los casos relacionados con la privación injusta de la libertad, el hecho dañoso se configura a partir del momento en que quede ejecutoriada la providencia penal absolutoria, así las cosas, la Sala considera, luego de revisado el acervo probatorio, de manera específica el proceso penal debidamente autenticado que fue allegado con la demanda, se tiene que la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia que confirmó la decisión penal de primera instancia, quedó debidamente ejecutoriada el 2 de marzo de 2007, en consecuencia, el demandante tenía plazo para presentar la acción de reparación directa hasta el 3 de marzo de 2009.

**b) LA SOLICITUD DE AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL SUSPENDE TEMPORALMENTE EL TÉRMINO DE CADUCIDAD**

Está acreditado que el 29 de mayo de 2009, las partes celebraron la audiencia de conciliación ante la mencionada Procuraduría, sin que fuera posible llegar a un acuerdo, por lo que se declaró fallida y se otorgaron las constancias respectivas. Las anteriores circunstancias llevan a concluir que el término de caducidad de la acción de reparación directa estaba suspendido conforme lo determinan los artículos 20 y 21 de la ley 640 del 5 de enero de 2001. Conforme a la ley 640 de 2001 artículos 20 y 21 la solicitud de conciliación suspende el término de caducidad hasta el momento en que se logre el acuerdo, este se registre, si así lo ordena la ley, se expidan las constancias previstas en el artículo segundo o se cumpla el plazo de tres meses, después de presentada la solicitud, sin que se celebre la audiencia. Ahora bien, la parte actora tenía plazo para presentar la demanda hasta el 3 de marzo de 2009, toda vez que está demostrado que la sentencia penal que resolvió la situación jurídica del demandante quedó ejecutoriada el 2 de marzo de 2007. No obstante lo anterior, como

quiera que la constancia expedida por la Procuraduría 30 Judicial tiene fecha del 29 de mayo de 2009, y quedó claro que esta circunstancia suspende el término de caducidad, se concluye fácilmente que la parte actora tenía plazo para presentar la demanda, a más tardar, el 30 de ese mes y año, como quiera que la solicitud de conciliación se presentó un día antes de que venciera el término de caducidad de la acción, esto es, el 2 de marzo de 2009.

**c) POR SER UN REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA DEMANDAR EN EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE REPARACIÓN DIRECTA, CONTRACTUAL Y DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, LA NO PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD DE AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL O EXTRAJUDICIAL GENERA EL RECHAZO DE LA ACCIÓN**

La Corte Constitucional en sentencia C-713 del 15 de julio de 2008, se pronunció señalando que, “la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no contraría la Constitución siempre y cuando en su configuración concreta se garantice el derecho de acceso a la administración de justicia”, e igualmente afirmó que, “de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la Sala considera que es conforme a la Carta Política que se mantenga el instituto de la conciliación como requisito de procedibilidad para las acciones consagradas en los artículos 86 y 87 del C.C.A. Así mismo, es constitucionalmente válido que se haga extensiva su exigencia a la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A.”. Así las cosas, no hay duda que es requisito obligatorio y necesario para instaurar las acciones de que tratan los artículos 85 a 87 del Código Contencioso Administrativo, que la parte actora acredite que adelantó el trámite de la conciliación extrajudicial, es decir, debe demostrar, no solamente que radicó la solicitud de conciliación ante la entidad competente, en este caso, el Ministerio Público, conforme a la ley 640 de 2001, normatividad que regula lo relativo a la conciliación, sino adicionalmente, que la audiencia respectiva se celebró y que esta no prosperó por no existir ánimo conciliatorio entre las partes, o que trascurrieron más 3 meses desde la presentación de la solicitud de conciliación sin celebrarse la audiencia. Cabe destacar que, con este requisito de procedibilidad, no se impide el acceso a la administración de justicia, toda vez que si la audiencia fracasa, las partes pueden acudir a la jurisdicción para resolver su litigio, por el contrario, si la conciliación es exitosa, los interesados evitan un desgaste innecesario ante el aparato judicial y garantizan la solución de sus conflictos de forma expedita. Así las cosas, lo que se pretende con el trámite de la conciliación prejudicial y la celebración de la audiencia respectiva, es propiciar un ambiente en el que se les permita a las partes exponer sus argumentos y peticiones con el fin de tratar de arreglar sus diferencias y evitar un juicio posterior, sin que esto vulnere su derecho a demandar ante la jurisdicción, si así lo creen conveniente para sus intereses. Ahora bien, esto no quiere decir que la normatividad obligue a que las partes concilien sus diferencias, puesto que en razón a la naturaleza consensual de la figura, los interesados pueden negarse a llegar a un acuerdo por no encontrarlo satisfactorio y aún así, pueden instaurar la demanda correspondiente. En consecuencia, se deja en claro que a partir de la expedición de la ley 1285 de 2009, para interponer las demandas de reparación directa, contractuales, y de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe allegar constancia que acredite, el inicio del trámite de la conciliación extrajudicial y la celebración de la audiencia respectiva, de lo contrario, en razón a que este es un requisito de procedibilidad su incumplimiento genera el rechazo de la acción. Respecto al trámite de la conciliación extrajudicial, es necesario señalar que se deben seguir los lineamientos consagrados en la ley 640 de 2001, fundamentalmente, lo establecido en los artículos 19 a 25 de esa normatividad. Si bien es cierto que actualmente la celebración de las audiencias de conciliación prejudiciales que se tramitan ante la Procuraduría, no se realizan con la prontitud necesaria por el sinnúmero de solicitudes que se han presentado, esto no es obstáculo para solicitar como requisito de procedibilidad que la audiencia se haya celebrado, toda vez que el mero inicio del trámite de la conciliación no es suficiente para cumplir la finalidad de la ley 1285 de 2009 cuando estableció este mecanismo, que dejaría de ser un requisito previo o de procedibilidad para transformarse en uno de concomitancia. Además, si las partes radican la solicitud de conciliación y transcurren 3 meses sin que se lleve a cabo la audiencia, pueden

instaurar la demanda, conforme a lo establecido en la ley 640 de 2001, porque en este caso se tiene por cumplido el requisito.

[Auto interlocutorio del 25 de noviembre de 2009. Exp. 05000-12-31-000-2009-00858-01 \(37555\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

#### **4. EL ARMA DE FUEGO QUE PORTABA EL AGENTE DE LA POLICÍA NO FUNCIONABA ADECUADAMENTE, Y POR ESA RAZÓN QUEDÓ DESPROTEGIDO EN EL INTERCAMBIO DE DISPAROS, RECIBIENDO HERIDAS QUE LE CAUSARON LA MUERTE, SITUACIÓN CONSTITUTIVA DE FALLA DEL SERVICIO**

De las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos, se infiere que la causa eficiente del daño, está constituida por el deficiente armamento entregado al agente de policía para el ejercicio de su función policial, hecho que configura la falla en la prestación del servicio, en el entendido de que le impidió al agente defender su vida, título de imputación que compromete la responsabilidad del Estado. El Estado está en la obligación de dotar a los miembros de la fuerza pública de elementos idóneos que les permitan enfrentar la actividad que asumen, en condiciones seguridad, eficacia, idoneidad, dado el riesgo normal y propio de la función de represión del delito que ejercen, de manera que las armas que portan los policiales deberán estar en óptimas condiciones de funcionamiento. La prueba testimonial resulta suficiente para acreditar la falla del servicio, especialmente la declaración del DRAGONEANTE VIGOYA CENDALES SANDALIO quien sostuvo que ese día, siendo los ocho de la mañana, el declarante y la víctima salieron en persecución de dos sujetos que se encontraban en actitud sospechosa, en cercanías del cuartel del municipio de Cabuyaro, y el Agente CLAVIJO, procedió hacer entre tres o cuatro disparos al aire en dirección a los sujetos con el propósito de intimidarlos. Sin embargo, no logró su objetivo, pues, ya encontrándose en inmediaciones de un potrero, los sujetos sacaron sus armas, dispararon en dirección al agente Clavijo, quien no pudo defenderse porque la carabina se trabó. Cuando el Dragoneante Vigoya pudo acercarse a la víctima cogió dicha arma, la destrabó, la disparó en cinco o seis oportunidades y nuevamente se le trabó, y para entonces los sujetos emprendían la huida del lugar. Este testimonio indica que el arma que portaba la víctima no funcionaba adecuadamente, y por esa razón el agente Clavijo Martínez quedó desprotegido en el intercambio de disparos. Es claro que el agente CLAVIJO MARTÍNEZ falleció en actos propios del servicio. Igualmente, aparece probado que el hecho dañoso resulta imputable a la administración, pues, en el momento de los hechos no contaba con un arma en el estado de funcionamiento requerido, de manera que no pudo hacer un uso adecuado de la misma, y por lo tanto quedó a merced de los delincuentes quienes percutieron las armas que portaban y uno de los proyectiles hizo impacto en el cuerpo del agente generando su fallecimiento. Aparece acreditada la falla en la prestación del servicio, en el entendido de que el agente quedó desprotegido, pues el arma suministrada no se encontraba en las condiciones requeridas para repeler la agresión, y por esa razón no pudo defenderse del ataque de los delincuentes, quienes le propinaron un disparo que le comprometió el tórax y el pulmón, heridas de tal gravedad que le causaron la muerte.

[Sentencia de 7 de octubre de 2009. Exp. 50001-23-31-000-1993-03989-01 \(17058\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA](#)

### SECCIÓN CUARTA

**1. LOS PROVEEDORES QUE VENDAN BIENES A LAS SOCIEDADES DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL NO ESTÁN OBLIGADOS A INSCRIBIRSE EN EL REGISTRO NACIONAL DE**

## **VENEDORES AUNQUE TALES OPERACIONES SON EXENTAS SIEMPRE QUE LOS BIENES SEAN EFECTIVAMENTE EXPORTADOS**

**Situación fáctica:** Se demanda en acción de nulidad el literal b) del artículo 2 del decreto 1000 de 1997 en cuanto a las personas que se consideran exportadores para efectos de la devolución o compensación en el impuesto sobre las ventas, ya que según el actor quienes venden bienes a sociedades de comercialización internacional al no ser exportadores deben inscribirse en el Registro Nacional de Vendedores violando los artículos 481, 507, 857-3 del Estatuto Tributario.

**Tesis:** No obstante, comoquiera que la venta en el país a sociedades comercializadoras no es una actividad ajena a la exportación, a tal punto que la exención de IVA para quienes vendan bienes, procede sólo si los mismos finalmente se exportan (artículo 481 del Estatuto Tributario) , para efectos de la devolución y compensación es lógico que “se consideren exportadores”, pues se repite, si la comercializadora internacional no exporta, los proveedores de éstas no tienen derecho a la exención del IVA, y por ende tampoco a la devolución de citado tributo. Cabe anotar que el hecho de que la norma “considere” que los vendedores ya citados son exportadores, simplemente corrobora que se entienden como tales sin serlo, porque la exención a su favor sólo se justifica si hay exportación de los bienes que se vende. No obstante, como no son exportadores propiamente dichos, sino que se considera o se entiende que lo son, no les resulta aplicable el artículo 507 del Estatuto Tributario, que obliga a los exportadores a inscribirse en el Registro Nacional de Exportadores. Lo anterior, porque aun cuando el citado registro tiene como propósito, en general, prevenir la elusión y evasión tributarias, al evitar devoluciones improcedentes y como mecanismo de control permite realizar la justicia y la equidad tributarias, es el legislador y no el Gobierno Nacional, en ejercicio de su facultad reglamentaria, el componente para adicionar sujetos obligados a inscribirse en el mismo.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Exp. 11001-03-27-000-2007-00018-00 \(16524\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

## **2. ES ILEGAL RESTRINGIR QUE PARA GOZAR DEL BENEFICIO TRIBUTARIO EL RETIRO DE APORTES VOLUNTARIOS DE PENSIÓN SOLO SE REALICE PARA AMORTIZAR CRÉDITOS DE VIVIENDA Y PARA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA SIN FINANCIACIÓN**

**Situación fáctica:** Se demanda en acción de nulidad el literal c) del artículo 16 del decreto 841 de 1998 adicionado por el artículo 8 del decreto 379 de 2007 por el cual se reglamenta la Ley 1111 de 2006 en cuanto a la expresión “sin financiación” por cuanto considera el actor que vulnera el artículo 67 de la Ley 1111 de 2006.

**Tesis:** Si bien cuando se habla de “amortización de capital de un crédito hipotecario” implica necesariamente que la vivienda que se adquirió fue con financiación, significa que el propósito del retiro no es la adquisición de vivienda con financiación sino la amortización del capital de la deuda que previamente se ha adquirido, hecho que es diferente a la adquisición de vivienda con financiación. En efecto, al amparo de la norma legal, puede darse el evento de que un trabajador vaya a adquirir una vivienda con financiación y el retiro que haga de los fondos de pensiones sea para pagar la cuota inicial del inmueble o parte de ella y no pierda el beneficio. Sin embargo, según el Decreto reglamentario no podría hacerlo sin perder el beneficio, pues la norma demandada contempla sólo la amortización de capital de un crédito hipotecario o la adquisición de la vivienda sin financiación. A juicio de la Sala, no se trata de una redacción diferente, sino de un supuesto de hecho diferente al previsto en la norma que se reglamenta. En el presente caso, es evidente que el Gobierno Nacional modificó y restringió el alcance del artículo 67 de la Ley 1111 de 2006, pues limitó el beneficio de retirar de los fondos privados de pensiones antes de los cinco años de permanencia sin efectuar la retención dejada de practicar, cuando se va a amortizar capital de créditos hipotecarios de vivienda o cuando se va a adquirir vivienda sin financiación, no obstante la norma superior prevé el beneficio cuando la adquisición de vivienda es con o sin financiación. Como

la expresión “sin financiación” excluye de los supuestos de hecho de la norma superior, la adquisición de vivienda “con financiación”, procede la Sala a declarar la nulidad solicitada.

[Sentencia de 5 de noviembre de 2009. Exp. 11001-03-27-000-2007-00035-00 \(16722\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

### **3. LAS PERDIDAS FISCALES OCASIONADAS POR LA INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS OCURRIDAS ANTES DEL AÑO 2007 SE COMPENSAN DE ACUERDO CON LAS NORMAS VIGENTES EN ESOS AÑOS Y NO CONFORME A LA LEY 1111 DE 2006**

**Situación fáctica.** Se demanda en acción de nulidad la expresión “a partir del año gravable 2007” contenida en el artículo 4° del decreto 567 de 2007 en cuanto a que el artículo 5° de la Ley 1111 de 2006 no realizó ninguna previsión ni condicionamiento frente al término de compensación de las pérdidas fiscales originadas en los años 2004, 2005 y 2006 y generadas en la deducción por inversión en activos fijos a que se refiere el artículo 158-3 del Estatuto Tributario.

**Tesis:** En tales condiciones y en atención al principio de irretroactividad antes analizado, las pérdidas fiscales por la deducción por inversión en activos fijos reales productivos, generadas *antes* del 2007 son compensables de acuerdo con la normatividad vigente para la época, que correspondía a lo dispuesto en el artículo 147 E.T. modificado por el artículo 24 de la Ley 788 del 2002. Entonces, según el artículo en cita, la compensación para los años gravables 2002 a 2006, opera para las pérdidas que se obtuvieron o determinaron en tales períodos y respecto de cada una de ellas el contribuyente debe proceder a compensarlas en la oportunidad y el porcentaje que allí se dispone, teniendo en cuenta el principio de independencia de las liquidaciones establecida en el artículo 694 E.T. Por consiguiente se advierte, que las pérdidas que se obtuvieron durante los períodos gravables indicados, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1111 de 2006, se deben compensar de acuerdo con el artículo 147 E.T. modificado por la Ley 788 de 2002, pues son aquéllas el supuesto fáctico que determina el régimen aplicable en materia de compensación, por así disponerlo el precepto que la regula. Esta Corporación observa que la expresión acusada, se ajusta al principio constitucional de irretroactividad, por cuanto en consonancia con la norma que reglamenta y para efectos tributarios, sólo podría tener vigencia a partir del año gravable 2007, incluso, aunque no se hubiera señalado expresamente en el texto de la norma. Ahora bien, aunque el artículo 5° de la Ley 1111 de 2006 haya modificado el artículo 147 del E.T., respecto de los requisitos para la compensación de pérdidas fiscales, toda vez que eliminó el límite temporal y los porcentajes que establecía anteriormente la norma con la modificación introducida por el artículo 24 de la Ley 788 de 2002, de ello no puede deducirse, que para la compensación de pérdidas fiscales generadas por la inversión de activos fijos reales productivos para períodos anteriores al 2007, sea aplicable la nueva regulación, pues tal interpretación desconoce abiertamente los artículos 338 y 363 de la Carta, como ya se analizó.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Exp. 11001-03-27-000-2007-00052-01 \(16928\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.](#)

\* Salvamento de voto: Dr. Héctor J. Romero Díaz

### **4. EL ARRENDATARIO DE UN BIEN INMUEBLE AL NO TENER LA CALIDAD DE POSEEDOR NO ESTA FACULTADO PARA SOLICITAR EL LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO Y SECUESTRO DEL BIEN DENTRO DEL PROCESO DE COBRO COACTIVO**

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



**Tesis:** El artículo 687 del C.P.C. establece la posibilidad que tiene un tercero, que no se opuso a la práctica de las diligencias de embargo y secuestro, de defender sus intereses a través de la solicitud de la declaración de que él tenía la posesión material del bien al momento de la diligencia. Para que sea procedente la anterior opción, es necesario que la persona que no se opuso a la diligencia por cualquiera de las razones que el artículo señala, presente la solicitud dentro de los 20 días siguientes a la práctica de la misma y que, además, aporte las pruebas necesarias para acreditar la calidad de poseedor del bien sobre el cual recae la medida. De la definición del artículo 762 del Código Civil se desprende que la figura de la posesión implica la existencia de dos elementos esenciales: el *animus* y el *corpus*. El elemento material, denominado *corpus*, implica tomar la cosa, tenerla u ocuparla y el elemento psicológico, denominados *animus*, comprende específicamente la voluntad de tener la cosa. Una de las situaciones que se puede presentar en casos de levantamiento de medidas de embargo y secuestro, es la de un arrendatario que exhibe un contrato de arrendamiento de bien inmueble para acreditar su calidad de poseedor, sin embargo esta situación no es suficiente para que la solicitud prospere, ya que en realidad dicho contrato no le otorga al arrendatario el derecho de posesión sobre el bien, sino que, simplemente, ostenta la tenencia del mismo, es decir, el *corpus*. El contrato de arrendamiento implica solamente actos de administración, toda vez que el arrendador no sustrae de su patrimonio el bien que es objeto de uso y goce por parte del arrendatario. En este tipo de contratos no existe la intención de transferir el dominio del bien, solamente se permite el uso del mismo, sin que el arrendatario pueda ejercer actos de disposición de la cosa. El arrendatario en ningún momento detenta el *animus* para acreditar la posesión del bien, es simplemente tenedor del mismo, ya que en dicho documento reconoce un mejor derecho que el suyo en cabeza del arrendador. Así las cosas, al adolecer el arrendatario del *animus* la solicitud de levantamiento de la medida cautelar se torna improcedente. En consecuencia, es evidente para la Sala que la demandante no logró probar su calidad de tercero poseedor material del inmueble que fue objeto de la medida de embargo y secuestro por la DIAN, cuya propiedad es de la sociedad DISTRIBUIDORA SUBARU DE COLOMBIA S.A., ya que, como se dijo anteriormente, su condición de arrendataria del bien únicamente le da derecho al goce y uso del mismo.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2003-00809-01 \(16769\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS.](#)

#### **5. LA SOCIEDAD EXTRANJERA SIN DOMICILIO EN EL PAÍS QUE SEA MIEMBRO DE UNA UNIÓN TEMPORAL NO ESTA OBLIGADA A PRESENTAR DECLARACIÓN DE IVA POR NO TENER LA CALIDAD DE RESPONSABLE DEL IMPUESTO**

**Situación fáctica:** Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN declaró sin efecto legal las declaraciones correspondientes al impuesto sobre las ventas por los bimestres 5° y 6° del año 2001 y 1° y 2 del 2002 de la actora en su calidad de sociedad extranjera sin domicilio en el país e integrante de una unión temporal, ya que conforme a los artículos 420, 429 y 437 del Estatuto Tributario, la prestación de servicios en territorio nacional constituye una actividad gravada en el IVA y por tanto estaba obligada a presentar declaraciones bimestrales.

**Tesis:** Como se desprende de lo transcrito, al formar la Unión Temporal, cada parte contractual, se compromete a responder solidariamente por las obligaciones del contrato cuya adjudicación persiguen “como integrantes de la unión temporal”, no individualmente considerados. Entonces, de acuerdo con los términos contractuales, “La Contratista” es la que directamente se compromete con FONADE a prestar todos los servicios estipulados en el contrato y que a la postre van a constituir el hecho generador del impuesto sobre las ventas, convirtiendo a esa contratista (La Unión Temporal) en sujeto pasivo del aludido gravamen, con todas las responsabilidades inherentes a tal calidad, entre ellas la de facturar los servicios prestados. Por tanto, mal puede afirmar la actora que “Richardson era responsable del IVA porque había suscrito un contrato llave en mano, que determinaba el desarrollo de actividades gravadas que, en tal condición, debían ser informadas al Estado”, cuando de todas las pruebas obrantes en el expediente, se confirma que quien suscribió el

contrato llave en mano en calidad de “Contratista” fue la Unión Temporal y no cada sociedad de las que la conforman, individualmente considerada. Por otra parte, si en gracia de discusión se llegase a aceptar que la sociedad extranjera sin domicilio en el país hubiera prestado servicios gravados en Colombia, vale decir, que fungiera como contratista frente a FONADE, tampoco se generaría para ella la condición de responsable del IVA, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 437-2 del Estatuto Tributario que ordena para cuando una empresa de dichas características preste servicios gravados, que el tributo se recaude por medio del mecanismo de la retención en la fuente. Lo antedicho confirma la calidad de no responsable del IVA para los períodos en estudio por parte de la sociedad actora, de donde se deriva la aplicación en derecho del artículo 594-2 del Estatuto Tributario, por lo que deben subsistir los actos administrativos acusados.

[Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-01694-01 \(16372\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

#### **6. EL MÉTODO DE PARTICIPACIÓN PATRIMONIAL POR SER UN MÉTODO DE CONTABILIZACIÓN NO TIENE INCIDENCIA TRIBUTARIA PARA DETERMINAR EL VALOR PATRIMONIAL DE LAS ACCIONES POSEÍDAS EN SOCIEDADES SUBORDINADAS**

**Situación fáctica:** Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN disminuyó las deducciones de la declaración de renta del año gravable 2002 como consecuencia de la determinación de los ajustes por inflación a las inversiones y aportes poseídos en otras sociedades, ya que para la sociedad actora era procedente utilizar el método de participación patrimonial para determinar el valor por el cual debían declararse los aportes en otras sociedades conforme al artículo 272 del Estatuto Tributario.

**Tesis:** De la lectura del texto anterior, es evidente para la Sala que esta circular tuvo como propósito establecer un procedimiento contable para registrar las inversiones permanentes en subordinadas por medio del método de participación patrimonial. Se trata de un método definitivamente contable sin incidencia en materia fiscal, pues no hay ninguna referencia que permita considerar que sus efectos deban trascender al impuesto de renta y complementarios. De manera que el hecho de que exista una forma de registrar contablemente los activos y estén sometidos a un ajuste por inflación contable, no significa que tal valor sea el que se deba tomar como fiscalmente admitido, cuando las normas tributarias tienen su propio campo de aplicación en cuanto a la valoración de tales activos. Y es que el artículo 272 del Estatuto Tributario es claro en señalar que la regla especial para el valor de las acciones y aportes está dirigida a los contribuyentes que están obligados a utilizar sistemas especiales de valoración de inversiones de acuerdo con las disposiciones expedidas al respecto por las entidades de control, no métodos o procedimientos contables para el registro de las inversiones. Esta comunicación es clara en señalar que las Entidades de control no establecieron un sistema especial de valoración de las inversiones a los que se refiere el artículo 272 del Estatuto Tributario en su inciso segundo. Por lo tanto, la actora, que para el año gravable discutido era una vigilada, no tenía la obligación fiscal de señalar el valor de las acciones y aportes por ningún sistema especial, sino que se regía por la regla general, es decir, por el costo fiscal ajustado por inflación como en efecto lo hizo. Razón por la cual la modificación del impuesto de renta de la demandante carece de sustento jurídico y en tal sentido se debe anular el acto demandado. En efecto, mediante Concepto 029461 de 25 de marzo de 2008, la DIAN consideró necesario replantear esta tesis a la luz de los pronunciamientos emitidos por dichas superintendencias al resolver sendas consultas formuladas por la Asociación Nacional de Industriales (ANDI), según los cuales el Método de Participación Patrimonial es un método de contabilización mas no un sistema ( ) de valoración. Luego de algunas consideraciones concluyó que “el Método de Participación Patrimonial no es un sistema especial de valoración de inversiones para efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 272 del Estatuto Tributario [...]”.

[Sentencia de 5 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2006-00729-01 \(16864\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

**7. EL RECURSO DE APELACIÓN DEBE ESTAR SUSTENTADO PARA SOPORTAR LA DECISIÓN DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA**

**Situación fáctica:** Se demandan los actos mediante los cuales la Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá impuso sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio, avisos y tableros por los bimestres 3° a 6° de 2001 y los 6 bimestres de los años 2002 y 2003, con el argumento que se vulneró el derecho al debido proceso porque no se valoraron los medios probatorios aportados al debate.

**Tesis:** De conformidad con el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme. La apelación permite el ejercicio del derecho de defensa de las partes, a través de la impugnación de la decisión judicial contenida en la sentencia. Por tanto, exige que el recurrente confronte los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia con sus propias razones de inconformidad, para determinar si las pruebas y el sustento jurídico han sido correctamente valorados. Como ha señalado esta Corporación “la labor de la segunda instancia consiste en verificar, sobre la base de la decisión impugnada, el acierto o el error del A-quo en el juicio realizado, circunscribiéndose a dicho aspecto la competencia.”. El recurso de apelación es un instrumento judicial, en este caso, para impugnar una sentencia controvirtiéndola con argumentos que apunten a desvirtuarla total o parcialmente y sirvan de marco al juez de segunda instancia para llevar a cabo la función revisora que comporta tramitar y decidir una apelación. Esa función, que no es oficiosa, tiene que apoyarse en la argumentación contenida en la sustentación del recurso de apelación, que le debe servir al *Ad quem* para soportar la decisión de revocar o modificar la sentencia de primera instancia según lo pretendido por el apelante. En el presente caso, con base en lo planteado por la entidad demandada en el recurso de apelación, no es posible de ninguna manera revocar la providencia impugnada, pues no planteó ninguna inconformidad contra la sentencia, sino que se refirió a otros aspectos que no fueron el fundamento de la decisión de nulidad de los actos acusados.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2007-00024-01 \(17272\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO.](#)

**8. LA LIQUIDACIÓN DE REVISIÓN AL CONTENER UNA DECISIÓN PARTICULAR SE DEBE DEMANDAR MEDIANTE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y NO A TRAVÉS DE LA DE SIMPLE NULIDAD**

**Situación fáctica:** Se demanda mediante la acción de nulidad simple la liquidación oficial de revisión mediante la cual se modificó la declaración de retención en la fuente del período 9 del año gravable 1998, ya que según la actora el contrato de fletamento es un contrato de transporte marítimo y por tanto está exento del impuesto de timbre de conformidad con el artículo 530 numeral 27 del Estatuto Tributario.

**Tesis:** Respecto a la procedencia de la acción de nulidad simple en relación con los actos administrativos de carácter particular, la línea jurisprudencial de esta Corporación ha adoptado la teoría de los móviles y las finalidades, según la cual, independientemente de la acción interpuesta por el demandante, contra un acto particular y concreto, lo que debe tenerse en cuenta en cada caso es si, de la declaración de nulidad del acto, surge automáticamente el restablecimiento del derecho afectado. En tal caso, la acción que se debe ejercer es la de nulidad y restablecimiento del derecho y por tanto deberán verificarse los requisitos propios de la acción. Pero si la decisión de anulación no apareja el restablecimiento del derecho, puede tramitarse contra el acto la acción de simple nulidad. Si como consecuencia de la acción de nulidad, deviene un restablecimiento del

derecho, es claro que el demandante debe ajustarse a los requisitos y presupuestos de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., como acreditar un interés para actuar, el agotamiento de la vía gubernativa y que la demanda se interponga dentro de los cuatro meses siguientes contados a partir de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto. Este argumento no tiene cabida en este caso, pues la liquidación oficial que se demanda contiene una decisión de carácter particular y concreto entre la DIAN y la sociedad ATUNES DE COLOMBIA S.A., que sólo vincula los intereses de estos sujetos, por lo que los efectos de la decisión que se adopte en este caso, no sería erga omnes sino inter partes. Además, surgiría un restablecimiento automático del derecho de la demandante, porque de declararse la nulidad de la liquidación oficial, adquiere firmeza la declaración privada de retención en la fuente presentada por la sociedad actora y que fue modificada por dicho acto. Tampoco habría lugar al pago de los mayores impuestos determinados, ni de la sanción impuesta.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Exp. 13001-23-31-000-2003-01689-01 \(17322\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRLADO](#)

#### **9. NO PUEDE EXIGIRSE LA PRESENTACIÓN ANUAL DE LA DECLARACIÓN DE INDUSTRIA Y COMERCIO CUANDO EL CONTRIBUYENTE HA PRESENTADO LAS SEIS DECLARACIONES BIMESTRALES**

**Situación fáctica:** Se demandan los actos mediante los cuales el municipio de Cali impuso sanción por no declarar en forma anual el impuesto de industria y comercio por el año 2001, ya que a juicio de la actora la administración incurrió en desviación de poder y falsa motivación al probarse que se habían presentado las seis declaraciones bimestrales del año 2001 en vigencia del Acuerdo 32 de 1998, norma que tuvo validez hasta diciembre de 2001, cuando el Consejo de Estado notificó la sentencia que declaró su nulidad.

**Tesis:** Por mandato de los artículos 338 y 363 de la Constitución Política, que consagran el principio de irretroactividad en materia tributaria, tanto el Acuerdo 88 de 2001 como el Decreto 125 reglamentario de aquél, sólo resultan aplicables a partir del período gravable 2002, dado que el impuesto de industria y comercio para los municipios y distritos distintos al Distrito Capital, es un tributo de período anual (artículo 33 de la Ley 14 de 1983) y por lo mismo, el Acuerdo 88 de 2001 sólo podía entrar a regir desde el período gravable siguiente (año 2002). En consecuencia, para el año 2001 no podían aplicarse las normas en mención. El Municipio no podía sancionar a la actora por no presentar declaración anual de 2001 con base en normas que no eran aplicables a esa vigencia fiscal. Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sección sobre los efectos retroactivos de los fallos de nulidad de los actos de carácter general, siempre y cuando no se afecten las situaciones jurídicas que se encuentren consolidadas. En el caso concreto, como la sentencia de nulidad se notificó el 21 de noviembre de 2001, en relación con el asunto en discusión, la situación jurídica se consolidó con la presentación misma de las declaraciones bimestrales de industria y comercio hasta la fecha en mención. En consecuencia, la sentencia en comentario no podía tener efectos frente a las declaraciones que la actora presentó por los bimestres uno a cinco de 2001, dado que la presentación de dichas declaraciones se produjo entre el 13 de marzo y el 19 de noviembre de 2001, y, por lo mismo, la situación jurídica de la demandante respecto de los citados períodos, se consolidó antes de la notificación de la referida providencia. Y, si bien frente al bimestre 6 de 2001, cuya declaración se presentó el 17 de enero de 2002, la sentencia de nulidad podía tener efectos, porque a la fecha de su notificación, la situación respecto del formulario no se había consolidado, es violatorio de los principios de justicia (artículo 683 del Estatuto Tributario) y equidad (artículo 363 de la Constitución Política), obligar a la actora a presentar una declaración anual del impuesto. Ello, porque no puede desconocerse que cinco de las seis declaraciones bimestrales fueron debidamente presentadas, y, que, como lo advirtió la actora y lo corroboró el dictamen pericial rendido dentro del proceso, con fundamento en los libros de aquélla, la sumatoria de las seis declaraciones bimestrales presentadas en Cali debía arrojar como resultado la declaración anual. Además, debe tenerse en cuenta que la sentencia de nulidad del Acuerdo 32 de 1998 no tiene el

efecto automático e inmediato de desconocer la existencia de la declaración del bimestre seis del año en mención, pues, si bien a la fecha de notificación de dicha providencia (21 de noviembre de 2001), el bimestre seis de dicho año estaba todavía en curso, era necesario que, con base en el fallo, la Administración proferiera un acto para restarle validez a la declaración, pues, la misma fue presentada efectivamente y hubo un pago de su importe al fisco. Lo contrario implicaría desconocer no sólo la realidad de los hechos, sino los principios de buena fe y seguridad jurídica con base en los cuales actuó la demandante.

[Sentencia del 26 de noviembre de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2005-02549-01 \(16860\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ.](#)

**10. a) CUANDO LA CONTABILIDAD DEL CONTRIBUYENTE NO OFRECE CONFIABILIDAD SE DESVIRTÚA IGUALMENTE EL CERTIFICADO DE CONTADOR O REVISOR FISCAL Y ES VALIDA LA PRESUNCIÓN DE INGRESOS POR CONSIGNACIONES**

**Situación fáctica:** Se demandan los actos mediante los cuales la DIAN modificó mediante liquidación de revisión la declaración de IVA del primer bimestre de 2000, planteándose su improcedencia por haberse revocado los actos sancionatorios por información exógena y por la inconformidad con la adición de ingresos por irregularidades en la contabilidad.

**Tesis:** Este análisis fue efectuado sobre los registros contables aportados por la misma sociedad “a través del disco de un computador”, el cual contenía la contabilidad de los períodos mencionados, al no contarse con los libros auxiliares impresos que en su momento la autoridad requirió pero no fueron exhibidos, hecho que a la luz del artículo 781 del E.T., constituye indicio en contra del contribuyente. En el cruce de información con terceros en el que constató diferencia en el valor de los ingresos reportados por la contribuyente a la Comisión Nacional de Televisión y los suministrados a la autoridad tributaria. Finalmente, en el cruce de información con las entidades bancarias en el que estableció la existencia de consignaciones en cuentas que no figuran en la contabilidad de la sociedad actora, cuyo total ascendió a \$722.746.938. Hechos suficientes para considerar, como lo hizo la Administración y lo decidió el Tribunal, que la contabilidad de la sociedad no se ajusta a la normativa que rige la materia, ni ofrece confiabilidad alguna para tenerla como prueba a favor de la contribuyente, al no reflejar la situación económica real de la entidad. Desvirtuada la eficacia probatoria de la contabilidad, igual suerte corren las certificaciones del contador público o del revisor fiscal, pues ésta es una prueba documental condicionada a que la contabilidad se lleve en debida forma, de conformidad con lo previsto en los artículos 772, 773, 774 y 777 del Estatuto Tributario.

**b). SE DEBE RECHAZAR LOS IMPUESTOS DESCONTABLES EN EL IVA CUANDO SE COMPRUEBAN COMPRAS FICTICIAS DE BIENES Y SERVICIOS**

En el punto como se anotó, los impuestos descontables fueron desconocidos no solo por la aplicación de lo dispuesto en el literal b) del artículo 651 del E.T., como lo afirma el apelante, sino además por las compras ficticias de bienes y servicios, por la diferencia encontrada en el cruce de información exógena; además, porque no se aportaron los soportes o porque los existentes no reunían los requisitos legales para su procedencia. De otra parte, el que se hubiera revocado el acto que imponía la sanción por no suministrar la sanción requerida, por sí solo, no es suficiente para reconocer los impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, pues al tenor del artículo 771-2 del Estatuto Tributario, para su procedencia deberá aportarse la factura o el documento equivalente, requisito que en el caso la sociedad no cumplió, por lo que no procede su aceptación.

[Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Exp. 66001-23-31-000-2005-00805-01 \(16502\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)



## SECCIÓN QUINTA

**1. SE DECLARA LA NULIDAD DE LA ELECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS EX RECTORES ANTE EL CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD DE LA GUAJIRA**

La Sección Quinta conoció en segunda instancia el proceso electoral promovido contra el acto de elección de los señores Jairo Aguilar Ocando y Wilmar Sierra Toncel como representantes principal y suplente, respectivamente, de los ex rectores de la Universidad de La Guajira ante el Consejo Superior. Aunque la Sala decidió modificar el fallo de primera instancia, la decisión anulatoria del acto demandado se mantuvo, con apoyo en lo siguiente:

**a) La omisión de aportar copia auténtica del acto de elección con la demanda es un defecto superable en el curso del proceso**

“Entiende la Sala que el incumplimiento del deber de acompañar copia auténtica del acto acusado con la demanda se puede superar durante el curso del proceso, valiéndose de las oportunidades procesales para la solicitud y práctica de pruebas, tanto las pedidas por las partes como las decretadas de oficio por el juez. Es decir, se trata de un defecto superable en la medida que basta que el documento respectivo se incorpore al plenario en forma regular y oportuna, brindando a la contraparte la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción, como así lo ha precisado en su jurisprudencia esta Sección, al determinar que bajo ese contexto no resulta admisible emitir sentencia inhibitoria.

(...)

En este orden de ideas, ningún reparo a la aptitud formal de la demanda cabe hacer por el carácter informal de las copias de los actos acusados anexos con la misma, pues como se estableció, por solicitud de la propia apoderada del demandado JAIRO AGUILAR OCANDO -quien es la misma persona que ahora demanda un fallo inhibitorio-, se decretó y recaudó la copia auténtica de las Resoluciones 1427, 1444 y 1483 de diciembre 10, 12 y 26 de 2008, expedidas por el Rector de la Universidad de La Guajira. Es decir, el defecto se subsanó en debida forma y por lo mismo el fallo de fondo resulta procedente.”

**b) La solicitud de nulidad debe respaldarse en alguna de las causales legales**

“De acuerdo con el inciso 4º del artículo 143 del C. de P. C. (Mod. Dto. 2282/1989 art. 1 num. 83), hay lugar a rechazar de plano la petición de nulidad cuando *“...se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo, en hechos que pudieron alegarse en excepciones previas y ocurrieron antes de promoverse otro incidente de nulidad, o que se proponga después de saneada”* (Negrillas de la Sala). Uno de los requisitos formales de todo incidente de nulidad es el de precisar *“la causal invocada”*, de modo que a su promotor le concierne precisarle al juez el motivo o la razón que según su parecer vicia la actuación procesal, el que desde luego debe coincidir con alguna de las causales previstas en el artículo 140 ibídem para que al menos pueda ser estudiado, pues como lo dice la anterior transcripción, si el interesado opta por acudir a una causal diferente sobreviene el rechazo *in limine* de la petición.

En la solicitud de nulidad se invoca como causal el hecho de no haberse ordenado, antes del fallo de primer grado, la acumulación del presente proceso electoral al radicado bajo el No. 4400123310001200900025-00, cuyo objeto coincide con el del presente proceso; es decir, porque no se ordenó la acumulación procesal dispuesta en los artículos 237 y 238 del C.C.A. Tras cotejar este

supuesto con cada uno de los supuestos de hecho que albergan las causales de nulidad establecidas en el artículo 140 del C. de P. C. (Mod. Dto. 2282/1989 art. 1 num. 80), concluye la Sala que la nulidad planteada se apoya en una causal distinta de las legalmente previstas, lo cual conduce al rechazo de la petición.

Además, como la parte demandada omitió el cumplimiento de ese deber procesal, a la Sala no le compete entrar a estudiar, frente a cada una de esas causales, si de alguna manera la falta de acumulación procesal en tratándose de procesos electorales, puede llevar a configurar alguna de ellas, ya que ello implicaría un estudio oficioso de una materia donde la precisión de la causal está a cargo del peticionario.”

### **c) Falta de competencia del rector de la Universidad de La Guajira para declarar la elección demandada**

“Uno de los elementos de validez o legalidad de las actuaciones de los funcionarios públicos es la competencia. Deriva del Principio de Legalidad esparcido a lo largo de la Constitución Política, pero con especial presencia en los artículos 6, 121, 122 y 123, donde se destaca que los servidores públicos tienen una particular sujeción funcional, materializada en el hecho de deber actuar conforme a las funciones asignadas al empleo o cargo que ocupan, haciéndose responsables por la infracción del ordenamiento jurídico y desde luego por omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones.

Aunque el debido proceso que se define en el artículo 29 Superior tiene una marcada inclinación al derecho sancionador, allí también se propugna por el imperio de la competencia funcional de los servidores públicos, lo cual armoniza con lo dicho en precedencia, de modo que el ejercicio funcional de un cargo o empleo público, e incluso de funciones administrativas por parte de particulares en los casos jurídicamente aceptados, debe su legalidad a la correlación necesaria entre competencia asignada y competencia ejercida, que por supuesto puede examinarse además de la perspectiva funcional o material, desde la óptica temporal y especial, en virtud a que algunas funciones solamente pueden realizarse en determinado lapso y dentro de una jurisdicción territorial predeterminadas, como así lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sección:

(...)

Aunque allí se consagra como regla general la competencia del Rector para declarar la elección de los miembros de los organismos del ente universitario, claramente se exceptúa de la misma la elección de los integrantes del Consejo Superior Universitario, de modo que bien puede decirse que el representante legal y primera autoridad ejecutiva de la Universidad de La Guajira no tenía la competencia para proclamar o declarar la elección del representante de los ex rectores y su suplente, ante dicho Consejo, como en efecto lo hizo a través de la Resolución 1483 del 26 de diciembre de 2008, lo cual resulta suficiente para concluir que el acto demandado está viciado de nulidad por incompetencia del funcionario que lo expidió.”

[Sentencia de 19 de noviembre de 2009. Exp. 44001-23-31-000-2009-00023-02. M.P. MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN](#)

## **SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

### **1) FUNCIONES DE LA DIMAR RESPECTO DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO BAJO SU JURISDICCIÓN**

En concepto de 2 de noviembre de 2005, cuya reserva fue recientemente levantada de conformidad con el artículo 110 del C.C.A., la Sala de Consulta y Servicio Civil respondió las preguntas del

Ministro de Defensa Nacional sobre el alcance de las funciones de la Dirección General Marítima, DIMAR, respecto de los bienes de uso público bajo su jurisdicción y en especial el procedimiento legal para el otorgamiento de concesiones de dichos bienes.

Para atender la consulta, la Sala analizó el marco legal de los bienes públicos, su clasificación y se concentró en los de uso público para concluir, entre otras cosas, que en ningún caso pueden ser desafectados a favor de particulares.

Se destacan del concepto los siguientes argumentos:

“Las normas transcritas indican que la división clásica entre bienes fiscales y de uso público ya no es suficiente para interpretar la totalidad de los bienes públicos considerados por la Carta, pues se regulan además *los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación*, los que no encajan cabalmente dentro de ninguna de aquellas clasificaciones. En criterio de la Sala una clasificación sencilla que pudiera abarcar el conjunto de estos bienes, debe estar centrada en la presencia o no de la posibilidad de *disposición* de los mismos, de manera que uno de los grupos está conformado por aquellos bienes cuyo dominio se ejerce por las entidades públicas de manera similar al de los particulares, y por lo mismo (bajo múltiples limitaciones) están en el comercio, son enajenables, y con ellos se conforma el patrimonio de las entidades dueñas, y el otro grupo o categoría está conformada por todos aquellos bienes que no están en el comercio y tienen los atributos fijados por la misma Constitución de ser inalienables, inembargables e imprescriptibles. Estas categorías pueden denominarse, como lo ha hecho otras veces la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, *bienes patrimoniales* o *bienes fiscales*, e incluso, retomando la vieja locución del Código Fiscal, bienes de la *hacienda pública* para los primeros y *bienes no patrimoniales* o *especialmente protegidos* para los segundos. Esta última expresión busca cobijar bajo una misma categoría, a más de los llamados *bienes de uso público*, todos aquellos que gozan del mismo régimen constitucional de protección enumerados en el artículo 102, si bien difieran en algunos otros elementos, como el de su finalidad o afectación y el del titular del derecho de dominio.

(...)

Para concluir esta perspectiva constitucional sobre los bienes públicos, es necesario hacer unos pocos comentarios sobre los bienes patrimoniales o bienes fiscales. Ante todo, es necesario anotar que están constituidos por verdaderos derechos reales, bajo las mismas reglas del derecho de los particulares. Lo anterior no significa que el régimen jurídico sea exclusivamente de derecho privado, y menos aún que los conflictos que se susciten alrededor de los mismos sean de la jurisdicción civil. En este orden de ideas, la distinción que hace la doctrina francesa de dominio público y dominio privado no es de recibo de manera automática en derecho colombiano. Es característico de este conjunto de bienes que sobre ellos se ejerce el derecho de dominio *y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares* según la definición constitucional. Estos bienes hacen parte del patrimonio de cada una de las personas jurídicas públicas dueñas de los mismos. El artículo 332 habla del *Estado* como titular del derecho de propiedad sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables, quien recibe una contraprestación por la explotación de los mismos, denominada regalía. La Corte Constitucional ha entendido que la locución Estado que utiliza este artículo, abarca a la Nación y las entidades territoriales que pudieran tener derechos sobre estos recursos.

(...)

La Dirección General Marítima: Ejerce jurisdicción sobre “las playas, terrenos de bajamar y aguas marítimas”, como norma general; tratándose de playas y terrenos de bajamar, está sujeta al Plan

de Ordenamiento Territorial del Distrito o Municipio en el que se ubican geográficamente, y sus competencias en materia de construcciones y ocupaciones temporales son:

- a) Emitir concepto técnico favorable, como requisito previo para las licencias de construcción que corresponde otorgar a las autoridades distritales, municipales o del Departamento de San Andrés y Providencia, cuando las playas o los terrenos de bajamar han sido incorporados al perímetro urbano;
- b) Otorgar la autorización, léase, licencia o permiso, para construcción u ocupación temporal de las playas o terrenos de bajamar, cuando éstos se encuentran en la zona rural, con sujeción a las normas que sobre usos del suelo haya definido el municipio o distrito en su Plan de Ordenamiento Territorial.

La autoridad distrital, municipal o del Departamento de San Andrés y Providencia, además de las licencias de construcción, otorga las licencias para ocupación temporal de las playas o terrenos de bajamar, sin que la ley prevea intervención alguna de DIMAR. Aunque la ley tampoco precisa la temporalidad, ha de entenderse que, se exprese o no, la licencia es temporal y esencialmente revocable.

La autoridad ambiental, esto es para el caso en estudio las Corporaciones Autónomas Regionales y los distritos de Santa Marta, Barranquilla y Cartagena, dentro de cuya jurisdicción se encuentren playas o terrenos de bajamar, deben expedir, en todos los casos, la declaratoria de viabilidad ambiental como requisito previo para el otorgamiento de la licencia o permiso.”

[Concepto 1682 de 2 de noviembre de 2005. M.P. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO. LEVANTADA SU RESERVA CON AUTO DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2009](#)

## **2) EL NOMBRAMIENTO PROVISIONAL DE EMPLEADOS CIVILES NO UNIFORMADOS DEL SECTOR DEFENSA PUEDE RECAER SOBRE PERSONAS QUE NO PERTENEZCAN A LA CARRERA ESPECIAL**

Así le respondió la Sala de Consulta y Servicio Civil a la consulta que sobre el tema elevó el Ministro de Defensa Nacional. La Sala explicó:

“El nominador o su delegado puede efectuar el nombramiento provisional en los cargos de carrera especial del Sector Defensa, mientras se realiza el proceso de selección definitiva, con el estudio previo de seguridad del candidato y el cumplimiento de los demás requisitos de ley. (...) no se establece que se requiera autorización de alguna autoridad para que el nominador o su delegado proceda a efectuar el nombramiento provisional, el cual debe responder a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución, realizarse por necesidades del servicio, mediante acto motivado, y hacerse con carácter temporal conforme lo exige la norma, con miras a la realización del concurso para la provisión definitiva del empleo.

(...)

En relación con **las prórrogas** de los nombramientos provisionales, se observa que al ser declarado inexecutable el parágrafo del artículo 56 del decreto ley 91 de 2007, mediante la aludida sentencia C-753 de 2008 de la Corte Constitucional desapareció de la ley especial la mención a las prórrogas, generándose, **un vacío** en la materia en cuanto se refiere a la carrera especial del Sector Defensa. Así las cosas, se debe acudir a la ley 909 de 2004, regulatoria de la carrera administrativa general, y a sus decretos reglamentarios, para encontrar la normatividad aplicable al respecto.

(...)

Para realizar la prórroga de nombramientos provisionales efectuados en cargos pertenecientes a la carrera especial del Sector Defensa, el nominador o su delegado requiere la autorización previa de la Comisión Nacional del Servicio Civil, salvo que se trate de proveer una de las vacancias temporales exceptuadas, de conformidad con la norma transcrita, la cual colma el vacío dejado por la citada sentencia de la Corte Constitucional en este punto.”

[Concepto 1936 de 26 de febrero de 2009. M.P.: GUSTAVO APONTE SANTOS. AUTORIZADA SU PUBLICACIÓN CON OFICIO 110427 DE 4 DE DICIEMBRE DE 2009](#)



## NOTICIAS DESTACADAS

### EL CONSEJO DE ESTADO DESEA UNA FELIZ NAVIDAD Y UN VENTUROSO 2010

El Consejo de Estado expresa los más sinceros deseos de paz, alegría y felicidad en esta Navidad a todos los colombianos, esperando que el 2010 venga cargado de éxitos y grandes logros.

Que la unión y la prosperidad reinen en todos los hogares, trayendo positivismo y esperanza en estas fiestas.

#### CONSEJO EDITORIAL

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

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ  
JARAMILLO**  
Vicepresidente

#### Sala de Gobierno

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

#### Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

#### Coordinación General

- Carolina Leal Galán

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

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

Si desea obtener las sentencias a las que se hace referencia en cada número del BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO, ingrese a la página Web de la Corporación [www.consejodeestado.gov.co](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)