



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 10
• Sección Primera	10 - 14
• Sección Segunda	14 - 24
• Sección Tercera	24 - 28
• Sección Cuarta	28 - 35
• Sección Quinta	35 - 40
• Sala de Consulta y Servicio Civil	40 - 49
• Noticias Destacadas	50

Noticias destacadas

LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL HA ORGANIZADO EL SEMINARIO INTERNACIONAL "INSTITUCIONES JUDICIALES Y DEMOCRACIA"

EDITORIAL

El Consejo de Estado se permite extender una cordial invitación a todos los miembros de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y en general a la comunidad judicial, académica y política con el fin de que se vinculen de manera activa al Seminario Internacional "*Instituciones Judiciales y Democracia*" que se desarrollará en el marco del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910, evento organizado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación y auspiciado por la Cooperación Regional Francesa para los Países Andinos, la Embajada de Francia en Colombia, la Embajada de Canadá en Colombia, el Banco de la República, el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, la Universidad del Rosario, la Universidad Externado de Colombia y la Universidad Santo Tomás, a realizarse los días 2, 3 y 4 de noviembre en el Auditorio de la Biblioteca Luis Ángel Arango de la ciudad de Bogotá D.C.

El Encuentro contará con la participación de invitados tanto nacionales como internacionales dentro de los cuales se encuentran funcionarios y catedráticos de España, Francia y Latinoamérica, quienes expondrán la experiencia de sus respectivos países en las relaciones entre justicia y democracia.

Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. Debe brindarse trato preferente a los empleados discapacitados nombrados en provisionalidad, al ser sujeto de especial protección

La Sección Segunda, determinó que la Fiscalía General de la Nación vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, la salud y el mínimo vital del actor al dar por terminado su nombramiento en provisionalidad a fin de implementar el sistema de carrera en esa entidad, ya que como sujeto de especial protección debía recibir un trato preferente frente a los demás funcionarios provisionales.

En criterio de la Sala, los problemas de salud que padece el accionante permiten que el mismo sea considerado como una persona con discapacidad, teniendo en cuenta el criterio que en sede de revisión ha establecido la Corte Constitucional para establecer si una persona hace o no parte de este sector vulnerable de la población, sin necesidad que exista una calificación previa que acredite su condición. En consecuencia, estimó que el actor como sujeto de especial protección, podía reclamar un trato preferente frente a los demás funcionarios en provisionalidad cuyos nombramientos pueden terminarse en virtud de la implementación del sistema de carrera de la entidad accionada, como en efecto lo hizo el petente ante la oficina de personal de ésta y frente al Fiscal General de la Nación, a fin de procurar la protección de sus derechos a la igualdad, el mínimo vital y la salud. El tratamiento preferencial que puede reclamar el accionante en el caso de autos consiste, que en atención al proceso de implementación de la carrera de la Fiscalía General de la Nación se le permita continuar en el cargo que desempeñaba en la ciudad de Bogotá hasta que respecto del mismo se agote la lista de elegibles, con el fin de brindarle por mayor tiempo la oportunidad de tener una fuente permanente de ingresos, y prever cómo procurará su congrua subsistencia y la atención especializada en salud que requiere una vez se dé por terminado su nombramiento. La Sala consideró que la medida de discriminación positiva a la que tiene derecho el actor no implicaba que en virtud de éste se posponga el nombramiento en periodo de prueba de las personas que conforman el Registro Definitivo de Elegibles, ni que en favor del mismo pueda predicarse la existencia de una estabilidad laboral similar a la reconocida a los empleados de carrera, porque el actor no reúne los requisitos y condiciones para ser considerado como uno de ellos, sino que entre los servidores en provisionalidad cuyos nombramientos deben terminarse por las razones expuestas, se permita que el retiro del petente se produzca hasta que se agote el registro de elegibles. En amparo de los derechos a la igualdad, salud y mínimo vital, la Sala dejó sin efectos la Resolución N° 0-0301 del 15 de febrero de 2010 de la Fiscalía General de la Nación, exclusivamente frente a la terminación del nombramiento en provisionalidad del actor como Fiscal Delegado ante los Jueces Especializados, y ordenó a la entidad accionada adelantar las gestiones pertinentes para reintegrar al petente sin solución de continuidad.

[Sentencia de 29 de julio de 2010, Rad. 25000-23-15-000-2010-00469-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

2. Los convenios de intermediación para la ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones, de que son beneficiarios los resguardos indígenas deben suscribirlos los representantes de éstos

La Sección Segunda consideró que no se vulneraron los derechos fundamentales de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la comunidad Wayúu Araurayu, en la acción de tutela promovida por la Asociación de Jefes de las Familias Wayúu Araurayu, por cuanto el Municipio de Urbilla no los vinculó como beneficiarios de los recursos del Sistema General de Participaciones para el desarrollo del plan de vida Construyendo la Nación Wayúu.

La Sala consideró que el Estado en procura de hacer efectivo el respeto a la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y los derechos fundamentales, para este caso de los Wayúu, debe no sólo suministrar los recursos que permitan desarrollar los planes y programas que interesen y beneficien a la comunidad, sino vigilar porque el administrador de los recursos, es decir, el Municipio haga efectivos estos dineros una vez suscritos los convenios de intermediación con las autoridades indígenas como encargadas de dar prioridad a los planes y programas al interior del resguardo. Esta obligación implica un acompañamiento constante por parte de las entidades territoriales de forma previa, preventiva y posterior, buscando siempre que se cubran y satisfagan las necesidades de la población indígena de acuerdo a sus costumbres y forma de vida. La Sala resaltó que la Corte Constitucional ha establecido que estos recursos deben llegar a sus destinatarios finales siguiendo los parámetros constitucionales y legales establecidos para el efecto, por lo que destacó lo dispuesto en los artículos 82 y 83 de la Ley 715 de 2001 en los cuales se establece cómo debe realizarse la distribución de los recursos del Sistema General de Participación, SGP: (i) En tanto no sean

constituidas las entidades territoriales indígenas, serán beneficiarios del Sistema General de Participaciones los resguardos indígenas legalmente constituidos y reportados por el Ministerio del Interior al Departamento Nacional de Estadística, DANE, y al Departamento Nacional de Planeación en el año inmediatamente anterior a la vigencia para la cual se programan los recursos; (ii) los recursos asignados a los resguardos indígenas serán administrados por el municipio en que éstos se encuentren; (iii) cuando el resguardo indígena quede en jurisdicción de varios municipios, los recursos serán girados a cada uno de los municipios en proporción a la población indígena que comprenda; (iv) los recursos deberán manejarse en cuentas separadas a las propias de las entidades territoriales; (v) para su ejecución deberá celebrarse un contrato entre la entidad territorial y las autoridades del resguardo, antes del 31 de diciembre de cada año, en la que se determine el uso de los recursos en el año siguiente; (vi) copia de dicho contrato se enviará antes del 20 de enero al Ministerio del Interior; (vii) cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales Indígenas, sus autoridades recibirán y administrarán directamente la transferencia. Consideró claro que los recursos llegan a los resguardos por la vía de la asignación especial del sistema general de participaciones, dineros que son administrados por los municipios, en cuentas separadas de los recursos de la entidad territorial, cuyo destino específicamente se define por las autoridades tradicionales indígenas del resguardo y ellas son quienes se encuentran facultadas para suscribir los convenios de intermediación para el desarrollo de los planes y programas al interior de su comunidad. De esta forma la Sala verificó que quien debe suscribir el convenio de intermediación es el representante único del Resguardo, nombrado anualmente por la Asamblea General del Resguardo a la cual asisten las Autoridades Tradicionales Wayúu y si bien la Asociación de Jefes Familiares Wayúu Araurayu, se encuentra legalmente constituida como una entidad de derecho público de carácter especial con jurisdicción en el municipio de Urbilla, Departamento de la Guajira, está inscripción no la faculta para suscribir el convenio de intermediación de forma directa con la entidad territorial, por cuanto no se certifica que sea autoridad tradicional facultada para representar los intereses generales del resguardo, pues está facultad es competencia directa de la Asamblea General de Autoridades Tradicionales Wayúu.

[Sentencia de 5 de agosto de 2010, Rad. 44001-23-31-000-2010-00050-01\(AC\), MP: GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

3. Vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia por omisión en el decreto oficioso de pruebas para determinar un elemento adjetivo como es la cuantificación del daño irrogado

La Sección Segunda amparó el derecho de acceso a la administración de justicia del actor, al determinar que en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho el Tribunal Administrativo debió hacer uso de la facultad de decretar pruebas oficiosas, a efectos de obtener la claridad requerida que impidió al demandante obtener el resarcimiento del daño material - lucro cesante -, causado por la destitución del cargo de Diputado de la Asamblea Departamental de Arauca, a instancias de la Procuraduría General de la Nación.

Para la Sala fue claro que, el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo consagró bajo un verbo rector potestativo el decreto de pruebas de oficio, sin embargo consideró que ésta, debe ser interpretada atendiendo a los postulados constitucionales, puesto que, si bien es cierto, como lo manifiesta el Tribunal acusado, de la mencionada disposición se deriva una facultad y no una obligación, ésta a la luz de los principios y valores superiores, para ciertos eventos debe implicar un mandato imperativo, esto a fin de no sacrificar el acceso material y efectivo a la administración de justicia y los derechos subjetivos que hayan sido plenamente probados; sin embargo, a efectos de no llevar tal argumento al extremo de poner en peligro la independencia del funcionario judicial respecto de las partes en litigio, deben existir reglas que determinen claramente en el caso concreto, cuando la potestad para decretar las referidas pruebas de oficio, se convierte en una obligación. Entendió la Sala que, esto será imperativo cuando aquellos puntos que se consideren oscuros comporten elementos adjetivos o calificadorios de los elementos fundamentales de la

discusión litigiosa, en el caso de la responsabilidad patrimonial, aquellos elementos centrales son el hecho dañoso, el daño y el nexo de causalidad; de manera que sobre puntos diferentes a estos que simplemente ayuden a determinar su grado, nivel, calidad, intensidad, características o cuantificación, la referida potestad debe comportar un imperativo constitucional, más aun cuando por su ausencia se pretenda negar el reconocimiento de un derecho reclamado. Así, cuando se trate de la prueba de asuntos que comporten el eje central del litigio, que desde luego incumbe a las partes probar y sobre los cuales podría considerarse que la intervención oficiosa de la judicatura generaría un desequilibrio que vulneraría el principio fundamental de la imparcialidad judicial, tal intervención no puede considerarse obligatoria.

Para el caso concreto, y teniendo en cuenta la pretensión resarcitoria del demandante, se tiene que, en cuanto la responsabilidad patrimonial Estatal por la lesión moral, ante la falta de prueba de uno de los elementos esenciales de aquella como es el daño, no podría tenerse por cierto que la facultad para decretar pruebas de oficio por parte del Juzgador ordinario se torne imperativa, pues de entenderse así, podría llegar a comprometer su imparcialidad, en consecuencia sobre tal punto cobra mayor vigencia el postulado de derecho que indica que, incumbe a las partes probar la circunstancia fáctica descrita en la norma que consagra la consecuencia jurídica pretendida. En estos términos para la Sala era indudable que, en el litigio ordinario había lugar a negar el pretendido resarcimiento por el supuesto daño moral. Ahora bien, en ese orden de ideas, en cuanto a la discusión relacionada con el daño material -lucro cesante-, entendió la Sala que al estar probados los elementos sustanciales de la reclamación y únicamente carecer el expediente de un elemento adjetivo o calificatorio, como es la cuantificación del daño, cuya aprensión oficiosa por el Juez no compromete su imparcialidad -por cuanto los elementos sustanciales ya habían sido debatidos y establecidos con base en las herramientas jurídicas otorgadas a las partes-, la negación del resarcimiento en términos de derechos fundamentales implicaba una clara violación del derecho de acceso material y eficiente a la administración de justicia del ciudadano o, lo que es lo mismo una denegación de justicia, pues dicha situación adjetiva debía ser subsanada por el operador judicial. Para la Sala, negar la satisfacción del derecho al resarcimiento del daño patrimonial -lucro cesante-, en las circunstancias antes descritas, es una violación de la Constitución Política en cuanto a la imperatividad que, en este caso, comporta para el Juzgador el decreto de pruebas de oficio del artículo 169 del Código Contencioso Administrativo; en otros términos, si la Corporación Judicial accionada consideraba que no estaba determinada cuantificación de aquel, debió hacer uso de la citada norma, a efectos de obtener la claridad requerida o mejor aun ante la prueba de los elementos sustanciales para declarar la responsabilidad patrimonial, debió condenar a la entidad accionada a fin de que ésta con parámetros precisos hiciera la liquidación correspondiente.

[Sentencia de 12 de agosto de 2010, Rad. 11001-03-15-000-2010-00647-00\(AC\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA](#)

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

4. La suspensión del servicio de salud de la Policía Nacional, mientras se convoca el Tribunal Médico Laboral, pone en riesgo este derecho

La Sección Segunda tuteló el derecho a la salud del actor para que se le continúe prestado el servicio mientras se convoca al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

La Sala observó que mientras se define la situación médico - laboral del accionante, particularmente, mientras se convoca al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el servicio de salud que requiere el petente puede suspenderse hasta 4 meses, teniendo en cuenta que ese es el periodo legalmente establecido para requerir aquél (artículo 29 del Decreto 0094 de 1989). Consideró que el hecho que el accionante pueda dejar de recibir el servicio médico que requiere por un lapso de hasta 4 meses, constituye una situación que pone en peligro su derecho a la salud, en tanto razonablemente puede presumirse que el tutelista necesita de forma permanente la prestación del referido servicio, de un lado, en atención al porcentaje significativo de la incapacidad laboral que le fue dictaminado (por lo menos del 68.25%), y de otro, porque de acuerdo a su historia clínica y al

dictamen de la Junta Médico Laboral, el actor padece enfermedades de distinta índole (del sistema circulatorio, nervioso, de la piel, de tipo metal, entre otras) que requieren un seguimiento constante por los especialistas de cada ramo. En ese orden de ideas, desde una perspectiva constitucional la protección del derecho a la salud del actor no puede suspenderse durante un periodo de hasta 4 meses, máxime cuando existe la posibilidad que el petente demuestre ante el referido Tribunal que las enfermedades que padece (total o parcialmente) se presentaron durante el servicio o con ocasión al mismo, e incluso, que su porcentaje de incapacidad laboral es mayor al dictaminado en primera instancia. En criterio de la Sala, el tutelista tiene derecho a la prestación del servicio médico no sólo a partir de la convocatoria del mencionado Tribunal y hasta que se defina situación médico laboral, sino también durante los 4 meses que tiene para convocar a éste.

[Sentencia de 10 de agosto de 2010, Rad. 25000-23-15-000-2010-01301-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

5. No se vulnera el debido proceso por comunicación de archivo del proceso al quejoso en un proceso disciplinario, por intermedio de estafeta.

La Sección Segunda consideró que no se vulnera el derecho fundamental al debido proceso en un proceso disciplinario cuando al quejoso no se le comunica la decisión de archivo del proceso referido por correo, como se establece en el artículo 109 de la Ley 734 de 2002.

En relación con la comunicación de la decisión de archivo al quejoso, la Sala resaltó que deben dársele todas las garantías para que se entere de la decisión de archivo, y que debe entenderse surtida cuando efectivamente se ha demostrado por éste, que recibió la comunicación, y desde este momento empezar a contabilizarse el término de 5 días que la ley le otorga para interponer el recurso de apelación contra la decisión absolutoria y de archivo, respetándose de esta manera, el debido proceso del cual son titulares no sólo las partes, sino los terceros interesados en las resultas de la investigación disciplinaria. En punto a precisar si al actor se le desconoció el derecho al debido proceso, es necesario hacer referencia a la forma como la Policía Nacional, adelantó la comunicación del auto No. 433 de 15 de junio de 2009, pues se manifiesta por esta Institución que la misma se realizó por el servicio de Estafeta, es decir enviando un servidor directamente a la dirección suministrada por el quejoso. La Institución accionada estimó que con el envío al domicilio del quejoso se surtió en debida forma la comunicación, a pesar de no haberse entregado al actor directamente el oficio y el acto No. 433, sino que según, se consignó en la copia del oficio, fueron dejados estos documentos por debajo de la puerta del domicilio del quejoso, por cuanto pese a que se insistió para que se le atendiera no se obtuvo respuesta. Por lo anterior la Sala consideró que el uso del personal para el envío de las comunicaciones de la Institución es válido y efectivo, y suple en debida forma el envío por correo que como medio de comunicación consagra el artículo 109 de la Ley 734 de 2002, por cuanto la entidad está haciendo uso de los canales de comunicación con los que cuenta, concretamente el de Estafeta.

[Sentencia de 3 de agosto de 2010, Rad. 25000-23-15-000-2010-01203-01\(AC\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE](#)

6. El acceso a la administración de justicia se vulnera si se traslada con rigurosidad a la parte, la carga de no haber interpuesto los recursos para subsanar la demanda, ante la dificultad en el conocimiento y seguimiento del proceso. Excepciones al principio de inmediatez en la acción de tutela

La Sección Segunda consideró vulnerado el derecho de acceso a la administración de justicia de la actora al trasladársele con rigurosidad, la carga de no haber interpuesto los recursos pertinentes para subsanar la demanda, ante la dificultad en el conocimiento y seguimiento del proceso y la mora de las Instancias Judiciales para decidir un conflicto de competencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la Acción de Tutela está dispuesta para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. En consecuencia, cuando se ha dejado pasar un tiempo excesivo o irrazonable desde la actuación u omisión (que lesionó los derechos fundamentales) debido a la falta de diligencia de su titular, la razón de ser del amparo se pierde. No obstante la Sala resaltó, que se aparta de la aplicación del principio de inmediatez por medio del cual el A quo rechazó por improcedente la solicitud de amparo, para en su lugar, aplicar las reglas de excepción que deben observarse al calificar la razonabilidad del término de interposición de la Acción Constitucional. En este sentido, la demora en la presentación del recurso de amparo por parte de la tutelante, atiende a un motivo válido que justifica su inactividad, cual es su territorio de residencia y la ubicación del Juzgado demandado. En efecto, la actora instauró inicialmente un proceso ordinario de Responsabilidad Civil Extracontractual contra la Empresa de Economía Mixta “Centrales Eléctricas de Nariño” cuyo conocimiento correspondió en primera instancia al Juzgado Civil del Circuito del Municipio de la Unión Nariño, lugar donde habita la tutelante. No obstante dicho proceso, en razón del conflicto de competencias suscitado entre el Juzgado Ordinario y los Juzgados Administrativos de la ciudad de Pasto, fue enviado al Consejo Superior de la Judicatura, quien después de un año y medio, finalmente resolvió que quien debía conocer era el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto. Para la Sala, fue evidente que el tránsito del expediente entre las distintas jurisdicciones y su ubicación en el Consejo Superior de la Judicatura, constituyen un evento que no puede perderse de vista, como quiera, que el acceso a la información se diluye, dadas las circunstancias geográficas que versan entre el lugar de origen de la tutelante y la ciudad Capital en donde en definitiva, se desató el conflicto de competencia que se suscitó frente al conocimiento de su demanda. La falta de oportunidades para el seguimiento de la demanda interpuesta, contribuyó de manera relevante para que la actora no pudiera conocer de los Autos de 8 de agosto, 4 de septiembre y 18 de noviembre de 2008, por medio de los cuales, el Juzgado Segundo Administrativo de Pasto, acató lo resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura, y declaró la nulidad de todo lo actuado, concediendo un término de 5 días para adecuar la demanda a los términos del numeral 9 del artículo 75 del C.C.A. Ante la falta de conocimiento del contenido de dichas providencias, la accionante no pudo acudir a la instancia judicial para adecuar el trámite de su demanda y en consecuencia, se produjo su rechazo. Para la Sala de Decisión, la situación expuesta involucra el derecho de acceso a la administración de justicia, dispuesto en el artículo 229 Constitucional, como quiera, que la función que constitucionalmente y legalmente tiene la administración de justicia es la de darle prevalencia en todas sus actuaciones al derecho sustancial, como bien lo expresa el artículo 228 de la Carta Política, haciendo efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades. En este sentido, se advierte que las decisiones judiciales censuradas de quedar en firme, vulnerarían el núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia, pues trasladarían a la tutelante, la carga de no haber interpuesto los recursos pertinentes para subsanar la demanda, supuesto que como ya se ha dicho, no puede ser exigido en toda su rigurosidad, pues se atiende a la dificultad en el conocimiento y seguimiento del proceso y aunado a ello, a la mora en la que se incurrió por parte de las Instancias Judiciales para decidir un asunto de competencia que superó los siete meses para su resolución. Para la Sala fue que en función de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, se procederá a tutelar el derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia de la petente y en razón de ello, los efectos de las providencias enjuiciadas deberán enervarse a fin de materializar la protección de los derechos aludidos.

[Sentencia de 29 de julio de 2010, Rad. 52001-23-31-000-2010-00148-01\(AC\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN](#)

7. En los concursos de méritos de la Comisión Nacional de Servicio Civil deben tenerse en cuenta las equivalencias permitidas por la Oferta Pública de Empleos

La Sección Segunda amparó los derechos fundamentales del actor vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, al incluirlo en el listado de no admitidos para continuar el proceso de selección de la Convocatoria 001 de 2005, por no haber tenido en cuenta las equivalencias que acreditó para el ítem de experiencia relacionada mínima requerida para el empleo al que aspiraba.

De conformidad con la Oferta Pública de Empleos de Carrera, surge con claridad que quien opte por el empleo al que aspiraba el actor, debía acreditar mínimamente la aprobación de un (1) año de educación superior en las carreras que se detallan, y seis (6) meses de experiencia relacionada con las funciones del cargo; y en caso de no alcanzar los topes establecidos, la propia Oferta de Empleos plantea la posibilidad de acreditarlos a través de equivalencias, las cuales podrán ser aplicadas sólo si el participante acredita el título de bachiller. En el caso concreto, el actor planteaba que se homologuen seis (6) meses de experiencia relacionada por un (1) año de educación, para lo cual expone en la demanda de tutela que aportó al proceso de selección la documentación que acredita que ha cursado más de dos (2) años de educación superior en la Pontificia Universidad Javeriana en la carrera de Estudios Musicales, y del mismo modo, allega certificaciones que acreditan dicha afirmación, documentación con la cual puede continuar en el proceso de selección si se tiene en cuenta que uno de los años cursados equivaldría a los seis (6) meses de experiencia que echa de menos la CNSC. Revisadas las distintas intervenciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil en este proceso y, lo que es más, la respuesta a la petición elevada por el actor al interior del concurso de méritos, se observa que omite pronunciarse siquiera sobre la existencia de las equivalencias, por lo que se desconoce una posición de la Entidad al respecto, siendo su único argumento el incumplimiento por parte del actor de los requisitos mínimos exigidos para acceder al empleo al que aspira en el proceso de selección en cuestión. A partir de lo anterior, la Sala encuentra, como lo hizo el Tribunal de instancia, que la entidad no desvirtúa las aseveraciones del tutelante respecto de que allegó al concurso la documentación pertinente para acreditar por equivalencias el requisito de la experiencia relacionada exigido para continuar en el mismo, en tal virtud, procede tenerse por probada dicha afirmación. Como consecuencia de lo anterior, es claro que la Comisión Nacional del Servicio Civil impide de manera ilegítima al actor la posibilidad de continuar en el Concurso de Méritos de la Convocatoria 001 de 2005 - Fase II, al no tener por acreditados los requisitos mínimos para el empleo al que aspira, por el sistema de equivalencias, el cual es válido en vista de que está contenido en la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC. Por consiguiente, será confirmada la decisión de instancia que amparó los derechos al trabajo y a acceder a cargos públicos invocados por el actor, y ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a retirar al actor de la lista de No admitidos publicada el 26 de marzo de 2010, y le permita seguir en el Concurso de Méritos, en la prueba de Análisis de Antecedentes, de conformidad con el Acuerdo 21 de 2008. De otro lado, se adicionará dicha decisión en el sentido de que para todos los efectos legales, al interior del concurso, deberán tenerse en cuenta las equivalencias consignadas en la Oferta Pública de Empleos de Carrera para el cargo al que aspira el tutelante.

[Sentencia de 31 de agosto de 2010, Rad. 25000-23-15-000-2010-01441-01\(AC\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO](#)

8. La Comisión Nacional de Servicio Civil debe retirar de la Oferta Pública de Empleos cargos ocupados por prepensionados en provisionalidad

Mediante el ejercicio de la presente acción la actora pretendió la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a la seguridad social en conexidad con la vida digna, a la vejez, al mínimo vital y al debido proceso y, en consecuencia, se ordenara a la entidad demandada retirar de la OPEC el cargo que actualmente desempeña, en virtud de su calidad de pre - pensionada.

De conformidad con el artículo 1° del Decreto 3905 de 2009, se entiende que el Gobierno Nacional quiso proteger a aquellas personas que estando vinculadas mediante nombramiento en provisionalidad antes del 24 de septiembre de 2004 y que al 8 de octubre de 2009, les faltaren 3 años

o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, al ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil ofertar tales cargos hasta tanto se cause el respectivo derecho prestacional. Según lo probado dentro del expediente la Sala observó que el Municipio de Pereira utilizó todos los medios que tuvo a su alcance para allegar la información requerida por la CNSC, a pesar de que no lo pudo hacer por el medio establecido para el efecto, esto es, el link habilitado en la página web de esa entidad. Por lo tanto, advirtió que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la encargada de retirar de la Oferta Pública de Empleos, el empleo 46032, código 367, grado 05 de la Planta de Personal del Municipio de Pereira, que actualmente ocupa la actora, toda vez que, el Municipio de Pereira le reportó que ésta tiene la calidad de pre - pensionada, de conformidad con el Decreto 3905 de 2009. En ese orden de ideas, le asistió razón al Tribunal al concluir que el principio de buena fe debe presumirse tanto de las actuaciones de los particulares como de las autoridades públicas y dado que en el presente caso, tanto la actora como el Municipio de Pereira aportaron pruebas de las gestiones que adelantaron para que la CNSC retirara de la Oferta Pública de Empleos, el empleo 46032, código 367, grado 05 de la Planta de Personal del Municipio de Pereira y a pesar de esto, la CNSC no lo hizo, procedía el amparo solicitado, toda vez que, tal omisión vulneró los derechos fundamentales invocados por la actora.

[Sentencia de 8 de julio de 2010, Rad. 66001-23-31-000-2010-00094-01\(AC\), MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

9. Vulneración del derecho de petición si no se da una respuesta idónea y útil a lo solicitado

La Sección Cuarta amparó el derecho de petición de los actores toda vez que solicitaron el reconocimiento y pago de la prima de servicios a la que consideran tener derecho como docentes del Departamento de Caldas sin embargo la entidad no ha dado respuesta a la solicitud.

La Sala entendió que los actores solicitaron el reconocimiento y pago de la prima de servicios, pero que el departamento de Caldas no decidió acerca de esa petición, porque se encontraba pendiente el estudio de viabilidad de dicho reconocimiento, por parte del Ministerio de Educación Nacional. Del análisis del expediente, la Sala observó que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no ha dado una respuesta a las peticiones presentadas por los demandantes en la que decida acerca de si tienen o no derecho a que se les reconozca y pague la prima de servicios, pues no existe un acto administrativo que les defina su situación. Lo que sí se observó, es que el Ministerio de Educación Nacional ya dio respuesta al estudio de viabilidad del reconocimiento y pago de la prestación pedida. Por ende, se cumplió la condición que impedía a la Secretaría resolver las peticiones presentadas por los actores, durante los años 2005 a 2009. En consecuencia, la Secretaría de Educación de Caldas deberá resolver dichas peticiones, pues no se puede admitir que la Administración dé respuestas evasivas o dé simples afirmaciones de que el asunto se encuentra en revisión o en trámite, toda vez que este tipo de respuestas vulneran el derecho de petición, en razón de que los solicitantes necesitan una pronunciamiento idóneo y útil acerca de lo pedido. Además, esa respuesta debe ser comunicada a los peticionarios, pues de nada serviría que exista una respuesta pero que ésta no sea puesta en conocimiento de los solicitantes.

[Sentencia de 19 de agosto de 2010, Rad. 17001-23-31-000-2010-00189-01\(AC\), MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS](#)

10. Improcedencia de la tutela para el reconocimiento de pensión convencional

La Sección Quinta rechazó por improcedente, al existir otros medios de defensa judicial, la acción de tutela que promovieron algunos trabajadores del Banco de la República para obtener el reconocimiento de la pensión prevista en la Convención Colectiva de Trabajo, por haber prestado sus servicios al organismo durante más de 20 años, pese a no haber cumplido 55 años edad.

La Sala consideró que la tutela no es el medio para obtener el reconocimiento de pensiones, sin consideración a su clase [vejez, invalidez, convencional, sobrevivientes o sustituciones], como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional. Lo anterior, porque las controversias sobre dichas prestaciones conlleva el estudio de aspectos litigiosos de naturaleza legal, en tanto que el marco de estudio de las controversias de conocimiento del juez de tutela está dado por la Constitución. No obstante, esta regla tiene excepción en la existencia de un perjuicio irremediable o en la ineficacia del medio judicial ordinario, siempre y cuando sea evidente la afectación al mínimo vital. De manera que en estos casos la procedencia de la tutela para el reconocimiento de pensiones está condicionada por: "(i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección; (ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, (iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iv) que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. Así las cosas, en cada caso concreto deberá analizarse si se verifican estos requerimientos para declarar la procedencia del amparo". De los hechos planteados en la controversia *sub iudice* y de los documentos allegados al expediente, la Sala no advirtió que los tutelantes se encuentren desvinculados del Banco o que éste adelante acciones para retirarlos. Es más, de acuerdo con las certificaciones laborales que los actores adjuntaron a la solicitud de pensión, su vinculación al Banco es por contrato laboral a término indefinido. En consecuencia, como no hay evidencia de afectación al mínimo vital por la ausencia de pagos de salarios y tampoco hay algún elemento de convicción que permita llegar a una conclusión contraria se descarta la existencia de un perjuicio irremediable. Por otra parte, los actores tienen menos de 55 años de edad. Precisamente, esta fue la razón por la que el Banco les negó el reconocimiento de la pensión. Por tanto, no son sujetos de protección especial [por no pertenecer a la tercera edad]. Las anteriores razones llevaron al convencimiento de que las acciones ordinarias son los medios idóneos para que los actores controviertan las decisiones del Banco de la República que desestimaron sus solicitudes de pensión convencional. Por demás, se reiteró que no existe ninguna situación excepcional que amerite el estudio del asunto por vía de la tutela.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010, Rad. 25000-23-15-000-2010-02212-01\(AC\), MP. MAURICIO TORRES CUERVO](#)

ACCIONES POPULARES

1. Vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios por publicidad engañosa del servicio de Internet

La Sección Primera amparó los derechos de los consumidores y usuarios vulnerados por EMTel SA al promocionar en el Municipio de Popayán el servicio de Internet de Banda Ancha a una velocidad que no pudo ofrecer de manera constante y permanente.

La Sala concluyó que la publicidad de EMTel S.A. E.S.P., vulneró los derechos de los consumidores y usuarios, porque ofreció, en folletos publicitarios, Internet "Banda Ancha" con velocidad de 128 kbps, sin hacer claridad en las condiciones de dicha velocidad, esto es, que no sería ni constante ni permanente, independientemente de las razones de tipo técnicas y operativas que determinan las características de la prestación del servicio. En efecto, no existió duda en que la velocidad de acceso a Internet desde el equipo *cable modem* del usuario hasta el nodo de Internet del proveedor EMTel S.A. E.S.P., no podía ser constante ni permanente, porque los 128 kilobites por segundo ofrecidos en la publicidad, se supeditan al nivel de reuso (distribución del canal entre un número de usuarios determinado) que es de 10:1, es decir, de 10 usuarios por canal, siendo 12.8 el mínimo de velocidad (en las condiciones de la publicidad) cuando los 10 usuarios acceden simultáneamente al servicio. Sin embargo, esta explicación no aparece en la publicidad de la Empresa. Era evidente el error en el que

es inducido el usuario porque no se le especifica que la velocidad ofrecida será compartida en la modalidad *cable modem 10:1*, es decir, 10 usuarios por canal y, por tanto, aquel cree, equivocadamente, que el proveedor le permitirá acceder a Internet con una velocidad que no está garantizada. Esto, además de representar publicidad engañosa, vulneró los derechos de los consumidores y usuarios del servicio de las telecomunicaciones.

[Sentencia de 5 de agosto de 2010, Rad. 19001-23-31-000-2005-01666-01\(AC\), MP. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

SECCIÓN PRIMERA

1) Negado registro de la marca CONDUBLEX por el riesgo de confusión frente a la marca CONDUMEX previamente registrada

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se solicita la nulidad de la resolución administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio que negó el registro de la marca CONDUBLEX, pues, según la demandante, esa decisión desconoce la normativa comunitaria andina, en tanto que existen otras marcas registradas con la partícula CONDU.

Extracto: Así las cosas, la Sala observa que le asiste razón a la entidad demandada, en cuanto que realmente se presenta semejanza entre las partículas BLEX, del signo solicitado, y MEX, de la marca registrada, en grado tal que genera riesgo de confusión, más si la comparación se hace atendiendo las reglas generales que ha dejado sentadas el Tribunal de Justicia del Comunidad Andina (...). En este caso, la partícula BLEX reproduce en su mayor parte la partícula MEX, según se aprecia a simple vista, pues toma de ésta la terminación EX, en la que además se da el mayor acento o golpe de voz, sin que las letras BLE que se incluye en la primera sílaba introduzca una diferencia significativa entre ambos conjuntos de letras, de modo que leídas y, con más perceptibilidad, pronunciadas de golpe y sucesivamente presentan más semejanzas que diferencias, así: BLEX MEX BLEX MEX Es evidente que la mayor atención la genera la terminación EX, toda vez que predomina en el conjunto de cada partícula. (...) Igual situación se presenta en el aspecto fonético, en donde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ubica el mayor riesgo de confusión por semejanzas de los signos. Se observa en este caso que ambas partículas están conformadas por una sola sílaba, y como quiera que tienen vocales idénticas y ubicadas en el mismo orden, a saber: BLEX y MEX, lo que resulta en este aspecto es que se cumplen todas esas reglas, lo cual se traslada incluso de manera más acentuada o notoria al conjunto del signo de que hacen parte: CONDUBLEX CONDUMEX, debido a que tienen igual número de vocales, dos en cada caso, y todas idénticas y están en la misma posición, y la sílaba tónica es casi igual (BLEX y MEX), puesto que ambas se pronuncian como palabra aguda, y está situada en la misma posición, de allí que sea coincidente tanto por ser semejante como por ocupar el mismo lugar. Así las cosas, la adición de la partícula BLEX a la raíz CONDU, la parte gráfica de todo el signo, así como la frase CABLES DE ENERGÍA Y COMUNICACIÓN, no le imprimen a CONDUBLEX suficiente distintividad frente a la marca registrada CONDUMEX en el mercado de los productos de la clase 9 de la Clasificación Internacional de Niza, debido a la semejanza fácilmente apreciable entre BLEX y MEX, tanto en los campos gráfico y fonético, que no desaparece por las letras BL, ni por los elementos adicionales mencionados, de suerte que sin necesidad de mayores análisis, se puede establecer que hay riesgo de confusión entre las marcas que conforman, en grado tal que impide su coexistencia en el mercado, más cuando se trata de distinguir los mismos productos, situación que implica un alto grado de riesgo de confusión entre ellas. Lo anterior hace irregistrable la marca CONDUBLEX, por virtud de la causal descrita en el artículo 136, literal a), de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, como se concluyó en el acto administrativo acusado, en la medida en que hay carencia de distintividad en dicha marca con relación a los productos de la clase 9ª, pudiendo inducir en error o engaño al consumidor sobre la procedencia, naturaleza u otros

aspectos de los mismos productos que se ofrecen con la marca CONDUMEX. En consecuencia, la decisión de negar la solicitud de registro de CONDUBLEX como marca para los productos de la clase 9ª que atrás se indican, no viola las normas comunitarias invocadas en la demanda debido a que, según se anotó, se halla conforme con esas disposiciones. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 2 de septiembre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2005-00174-01, MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

2) Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se contabiliza a partir del día siguiente de la fecha de la notificación del acto que puso fin a la actuación administrativa y no de la fecha de notificación de un acto posterior aclaratorio de un error meramente formal

Se discute si es acertada o no la decisión del Tribunal de declarar probada la excepción de caducidad dentro de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, promovida contra unas resoluciones del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital que ordenan el pago de una suma de dinero por concepto de cesantías, en tanto que la demanda, al parecer, se presentó teniendo como punto de referencia temporal la notificación de un acto que corrigió el valor de esa suma.

Extracto: No obstante lo anterior, el principio que postula la prevalencia de la literalidad no tiene un carácter absoluto, pues en determinados casos como el que aquí se analiza, no necesariamente la suma consignada en letras es la correcta. Basta simplemente con considerar integralmente lo dispuesto en las resoluciones 350 del 23 de diciembre de 2003 y 097 del 12 de marzo de 2004, para advertir que en este caso particular la suma de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (\$184'527.677,92) es la correcta, y la suma de QUINIENTOS VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (\$527.677,92) la equivocada. Para corroborarlo, basta simplemente con mencionar que si el valor de las cesantías canceladas por el FAVIDI a los servidores del HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY III NIVEL E.S.E. en el período comprendido entre el 1° de enero de 1994 y el 30 de noviembre de 2003 ascendió a la suma de \$9.226'383.886,00, tal como se expresa en los considerandos de la Resolución 350 del 23 de diciembre de 2003, y el valor de la comisión de manejo es del 2% de esa suma, el monto a pagar por ese concepto asciende precisamente a la suma de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (\$184'527.677,92). Por lo mismo, no es difícil inferir que en este caso, al querer escribir el FAVIDI la suma de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS, involuntariamente suprimió la suma de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES, escribiendo tan solo QUINIENTOS VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS, no propiamente porque esa haya sido la expresión de su voluntad administrativa, sino porque ese es precisamente uno de los riesgos que se presentan en el mundo contemporáneo al acudir al procedimiento de “seleccionar, pegar y copiar” que es propio de las modernas tecnologías informáticas aplicadas al manejo de textos. Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a disentir de los argumentos expuestos en la alzada y a declarar que en este caso operó ciertamente la caducidad de la acción, pues es claro que la vía gubernativa quedó agotada el día 15 de marzo de 2004, pues en esa fecha tuvo lugar la notificación personal de la Resolución 097 del día 12 del mismo mes y año, mediante la cual se puso fin a la actuación administrativa. En ese orden ideas, si se cuenta desde el día siguiente el término de caducidad de cuatro (4) meses que consagra el artículo 136 del CCA, se concluye que la acción ciertamente caducó el día 16 de julio de 2004, como acertadamente lo expresa el Tribunal en su providencia. Por lo mismo, resulta extemporánea en este caso la presentación de la demanda, al haber sido radicada, como ya se dijo, el día 14 de octubre de 2004. En otras palabras, no es dable concluir que la culminación de la actuación administrativa se haya producido con la expedición de la Resolución 130 del 19 de mayo de 1994, como lo quiere hacer ver el recurrente, pues en el fondo, ese acto oficioso tan sólo vino a corroborar lo que ya había sido decidido y aclarado por el FAVIDI mediante la Resolución 097 de 2004. Como consecuencia de lo

dicho hasta aquí y teniendo en cuenta que según el artículo 228 de la Constitución, en las decisiones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial sobre lo meramente formal, se impone la confirmación de la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.
Reiteración de jurisprudencia

[Sentencia del 2 de septiembre de 2010. Exp. 25000-23-24-000-2004-00948-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

3) Cesiones urbanísticas gratuitas no son aplicables al componente urbano del Plan de Ordenamiento Territorial. En consecuencia, se anula parcialmente el POT de Palmira, en cuanto consagra unas compensaciones en dinero por tales cesiones

En acción de nulidad se demanda parcialmente el POT del municipio de Palmira en cuanto que estableció unas compensaciones en dinero por unas cesiones urbanísticas a cargo de los ingenios azucareros y las plantas industriales que pretendieran ampliarse o diversificarse, al estimarse que tales cesiones no se aplican sino frente al componente urbano del POT.

Extracto: De las disposiciones que invocó el Municipio para justificar las cesiones gratuitas a su favor, las que en realidad tratan sobre ese tema son las contenidas en los artículos 13 y 15 transcritos. En efecto, el artículo 13 trata sobre el componente urbano del plan de ordenamiento y lo define como “un instrumento para la administración del desarrollo y la ocupación del espacio físico clasificado como suelo urbano y suelo de expansión urbana, que integra políticas de mediano y corto plazo, procedimientos e instrumentos de gestión y normas urbanísticas”, componente que deberá contener, entre otros requisitos, “2. La localización y dimensionamiento de la infraestructura para el sistema vial, de transporte y la adecuada intercomunicación de todas las áreas urbanas y la proyectada para las áreas de expansión; la disponibilidad de redes primarias y secundarias de servicios públicos a corto y mediano plazo; la localización prevista para los equipamientos colectivos y espacios libres para parques y zonas verdes públicas de escala urbana o zonal, y el señalamiento de las cesiones urbanísticas gratuitas correspondientes a dichas infraestructuras”. Conviene precisar en este punto que, tal como lo señaló el actor, el artículo 13 de la Ley 388/97 no sirve a los fines de fundamentar la cesión gratuita a que se refiere el Municipio demandado porque únicamente la autoriza respecto del suelo urbano y de expansión urbana, mientras que el acto acusado la autoriza respecto del suelo en zona rural. Tampoco sirve como fundamento a la norma demandada la autorización para señalar las cesiones urbanísticas gratuitas contenidas en el numeral 2 del artículo 15 ibídem que regula lo atinente a las normas urbanísticas generales, pues ellas se definen como “...aquellas que permiten establecer usos e intensidad de usos del suelo, así como actuaciones, tratamientos y procedimientos de parcelación, urbanización, construcción e incorporación al desarrollo de las diferentes zonas comprendidas dentro del perímetro urbano y suelo de expansión...”. Además se precisa que dichas normas se refieren al “componente urbano del plan”, y que hacen parte de ellas “2.6 Las especificaciones de las cesiones urbanísticas gratuitas, así como los parámetros y directrices para que sus propietarios compensen en dinero o en terrenos, si fuere del caso.” El artículo 15 señala de modo claro e inequívoco que las normas atinentes a cesiones urbanísticas gratuitas y las directrices para que sus propietarios compensen en dinero o en terrenos, hacen parte del componente urbano del plan de ordenamiento territorial y se aplican a las zonas comprendidas dentro del perímetro urbano y suelo de expansión. En consecuencia, no se aplican al componente rural dentro del cual está ubicada la norma demandada en el plan de ordenamiento territorial del Municipio de Palmira. (...) En suma, las disposiciones comentadas de la Ley 388/97 no facultaban al Municipio de Palmira para establecer el pago de compensación alguna en dinero por las áreas ocupadas por los ingenios azucareros y las plantas industriales que pretendieran ampliarse o diversificarse, disposición contenida en el componente rural del plan de ordenamiento territorial. (...) Se concluye de lo anterior que el acto demandado violó efectivamente los artículos 13 y 15 de la Ley 388/97 (...). *Tema nuevo*

[Sentencia del 2 de septiembre de 2010. Exp. 76001-23-31-000-2002-00941-01, MP. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad](#)

4) Se niega el registro de la marca farmacéutica Peltazen debido al grado de confundibilidad con la marca Pentacel, lo que podría generar riesgos para la salud humana

Manifiesta la demandante que su marca es suficientemente distintiva y que la marca opositora es de aquellas denominadas débiles, por lo que, contrario a lo decidido por la Superintendencia de Industria y Comercio, debe ser concedido el registro de la misma.

Extracto: En el presente caso, no cabe la menor duda que entre las marcas en disputa existen semejanzas ortográficas y fonética. En cuanto a la identidad o semejanza conceptual, es preciso indicar que ambas marcas son de aquellas denominadas de “fantasía”, donde se presume que el significado no forma parte del conocimiento común, a pesar de que el actor haya indicado que la denominación de la marca “PENTACEL” esté estructurada por el prefijo PENTA el cual significa cinco y que el sufijo CEL signifique célula, pues dicho detalle no alcanza a ser comprendido por el público consumidor con solo observarla, pues requeriría hacer un esfuerzo mental para relacionar tales partículas con las definiciones dadas por la sociedad actora, máxime si se tiene en cuenta que dichos términos conforman la unidad de la denominación de la marca, es decir, dicho signo es de aquellos denominados “marcas simples” y no “compuestas” como pretende presentarlo la sociedad demandante. En cuanto a la identidad o similitud ortográfica, la doctrina establece que ésta existe cuando se presentan similares sucesión de vocales, identidad en la longitud de la palabra o palabras, el mismo número de sílabas, iguales raíces o terminaciones, que pueden incrementar la confusión. La semejanza ortográfica se predica en esta oportunidad, dado que contienen identidad en la longitud de la palabra y de sus vocales, las cuales se encuentran ubicadas en igual orden, y contiene el mismo número de sílabas, situación que tiende a generar riesgo de confusión ante la vista de los consumidores, veamos: PENTACEL-PELTAZEN PENTACEL-PELTAZEN PENTACEL-PELTAZEN. Respecto a la semejanza fonética, es de anotar que las sílabas tónicas de las marcas en conflicto, que es el factor más caracterizante para determinar el grado de confundibilidad, se presenta en las últimas sílabas CEL de la marca opositora y ZEN de la marca de la sociedad demandante, de cuya pronunciación se percibe con claridad, que auditivamente son casi idénticas. Así las cosas, al ser idénticas en la longitud de cada una de las palabras que conforman sus denominaciones y en sus vocales ubicadas en el mismo orden de ambas marcas, como también igual número de sílabas y ubicación de las sílabas tónicas, donde sus acentos prosódicos marcados en CEL y ZEN producen sonidos muy semejantes, debe concluirse que son más las similitudes que las diferencias y, por lo tanto, el signo “PELTAZEN”, a juicio de la Sala, es irregistrable como marca. Más si se tiene en cuenta, por ejemplo, que un médico (o farmaceuta de turno, que es muy usual en nuestro medio), formulen un producto farmacéutico amparado con la marca “PELTAZEN”, y el paciente por vía telefónica lo solicite, o lo entienda en la fórmula médica como “PENTACEL”, podría llegarse a tener resultados funestos, como son el atentar contra la salud humana, inclusive hasta llegar a la pérdida de la vida. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 2 de septiembre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2005-00292-00, MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

5) Una cosa es el cierre contable y otra diferente que las EPS tengan los primeros 20 días del mes siguiente para recibir facturas de las IPS por concepto de los servicios que se hubieren causado

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. se pretende la declaratoria de nulidad de un aparte de la Circular Externa núm. 137 de 6 de Agosto de 2002, titulada “Instrucciones en materia de información contable, administrativa, estadística y de margen de solvencia” expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, por cuanto obliga a hacer un cierre contable el día 20

calendario del mes siguiente y no el último día de cada mes, como lo determinan las normas contables.

Extracto: Del texto de las normas que ha quedado transcrito (Decreto 046 de 2000, artículo 8 párrafo 3; Decreto 050 de 2003, artículo 38; Decreto 723 de 1997, artículo 3 numeral 1 y artículo 4; y Decreto 2649 de 1993, artículo 48), colige la Sala, en primer término, que la Superintendencia Nacional de Salud en su Circular Externa cuestionada, se fundamentó en normas de carácter superior, expedidas por el Gobierno Nacional, que gozan de presunción de legalidad, para hacer las regulaciones a que se contrae aquélla; y, de otro lado, que, conforme lo precisa la entidad demandada y lo acoge el Ministerio Público, una cosa es el cierre contable y otra diferente que las EPS tengan los primeros 20 días del mes siguiente para recibir facturas de las IPS por concepto de los servicios que se hubieren causado. De ahí que las disposiciones de carácter tributario a que se alude en la demanda, no puedan resultar vulneradas. En efecto, el hecho económico a que se hace mención en el artículo 48 del Decreto 2649 de 1993, como lo resalta la Agencia del Ministerio Público, es asimilable en este caso al momento en que se efectúa el pago a la IPS y no al momento en que se presta el servicio de salud. Entonces, es evidente que la declaración de retención en la fuente, que se debe presentar y pagar en el mes siguiente al mes en que se causó el pago, no resulte afectada con la fijación del término de los primeros 20 días calendario del mes siguiente a la prestación del servicio, para recibir facturas de las IPS, pues, repite la Sala, este plazo no es sinónimo del cierre contable. *Tema nuevo*

[Sentencia del 2 de septiembre de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2004-00036-00, MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. a) Se decreta la nulidad del acto administrativo expedido por la Procuraduría General de la Nación por medio del cual destituyó del cargo al actor por haber aceptado y recibido la prima técnica sin reunir los requisitos legales

Situación fáctica: Determinar si los actos proferidos por la Procuraduría General de la Nación, que impusieron sanción de destitución al actor, se encuentran ajustados a la legalidad o si por el contrario, vulneran las normas y derechos señalados en la demanda.

Independientemente de si las Resoluciones de reconocimiento se ajustan a la legalidad, es decir, si el beneficiado cumplía o no con los requisitos para el reconocimiento solicitado, lo que como ya se dijo no es materia del presente proceso, examinados los actos acusados, echa de menos la Sala el elemento subjetivo que debió acompañar el reconocimiento de la prima técnica al actor, es decir, la influencia que el mismo hubiere podido ejercer para derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones. Lo anterior, por cuanto de conformidad con el artículo 134 del Acuerdo 007 de 1994, la competencia para la asignación de la prima técnica corresponde al Rector, con previo aval del cumplimiento de los requisitos exigidos, del Jefe de Personal o su delegado. Los actos acusados carecen de todo sustento probatorio que lleve a la convicción de que el actor aprovechándose de su cargo o porque estaba dentro de sus funciones se hizo reconocer o se reconoció la prima técnica sin el cumplimiento de los requisitos legales u ocultó su situación para hacerse acreedor al pago del emolumento. Las normas aplicables para la asignación de la prima técnica en la Universidad, fijan la competencia en el Rector previa garantía por parte del Jefe de Personal acerca del cumplimiento de los requisitos del candidato beneficiario, como así se procedió, sin que obre en parte alguna, actuación u omisión por parte del actor, de la cual pudiera deducirse que intervino indebidamente para acceder al reconocimiento del mencionado emolumento. El sólo hecho de percibir la prima técnica no constituye falta disciplinaria, pues como

antes se dijo, la legislación vigente para ese momento no consagraba ningún tipo de responsabilidad objetiva. La conducta debía estar acompañada del dolo o la culpa del agente, para que pudiera tipificarse como tal. Conforme con lo formulado, se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado, razón por la que procede a declarar su nulidad y restablecer el derecho del demandante. Cabe anotar, finalmente, que la situación del actor fue puesta en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación - Unidad de Delitos contra la Administración Pública, entidad que mediante providencia del 3 de agosto de 1999, revocó la medida de aseguramiento de detención preventiva contra el actor y ordenó oficiar al Consejo Superior de la Universidad de Sucre a fin de que se revocara la suspensión del cargo de docente y en consecuencia se reintegrara al servicio, en consideración a que según el Cuerpo Técnico de Investigación del grupo de investigaciones económicas, el reconocimiento y pago de la prima técnica se consideró ajustado al ordenamiento legal. Por su parte, la Contraloría General de Sucre, dictó auto de cierre de investigación fiscal y ordenó el archivo de la investigación por cuanto consideró que no existió detrimento del erario público.

b. Cuando se declara la nulidad del acto que impone la sanción de destitución las sumas dejadas de percibir por el demandante deben ser canceladas por la Procuraduría General de la Nación (Reiteración jurisprudencial)

Es necesario reiterar la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que las sumas dejadas de percibir por el demandante deben ser canceladas por la Procuraduría General de la Nación, pues si bien es cierto que fue retirado del servicio por la Universidad de Sucre y en consecuencia es la que debe reintegrarlo, también lo es que lo hizo en cumplimiento de los actos que le impusieron la sanción de destitución, los cuales fueron expedidos por la Procuraduría General de la Nación.

[Sentencia del 19 de agosto de 2010, Exp. 70001-23-31-000-2000-00132-01\(4394-03\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

2. Requisitos para la procedencia de la acumulación de tiempos laborados en dos entidades públicas para efectos de la indemnización por supresión de cargos.

Situación fáctica: Establecer la viabilidad jurídica de modificar el monto de la indemnización contenida y reconocida al demandante, como consecuencia de la supresión del cargo que ocupaba en la Secretaría de Transporte de Bogotá, para cuya liquidación aspira el actor se tenga en cuenta el tiempo que, con anterioridad a su vinculación a esta entidad, labora en el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU.

Aduce el recurrente que con base en el inciso segundo del artículo 138 del decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998, los tiempos laborados en dos entidades son acumulables para efectos de calcular su indemnización. La acumulación de tiempos laborados en dos entidades para efectos de la indemnización, se condiciona a la ocurrencia de dos situaciones, a saber: i) a que el empleado en la anterior entidad hubiere estado inscrito en el escalafón de la carrera administrativa y ii) a que el empleado hubiere ingresado a la otra entidad mediante la incorporación directa como consecuencia de una supresión del cargo o por fusión o modificación de la primera entidad. En efecto, esta Sala, interpretando el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, ha sostenido que existen dos tipos de incorporación, que a pesar de tener igual denominación legal, ocurren en dos momentos diferentes porque corresponden a dos objetivos distintos. La primera incorporación, al que hace referencia el parágrafo 1º del artículo ibidem, es la incorporación oficiosa o directa, que se hace en el mismo cargo que el empleado venía desempeñando o en un cargo diferente que habiendo cambiado de denominación o grado tenga las mismas funciones, teniendo solo derecho los titulares de los cargos no suprimidos o los titulares de cargos distintos pero que conservan las mismas funciones. Es esta incorporación la que habilita la acumulación de los tiempos prestados en dos o varias entidades para efecto de computar la indemnización por supresión de cargo. La otra

incorporación optativa, la regula los incisos uno y dos del citado artículo 39 de la ley 443 de 1998, y se hace después de ocurrida la primera incorporación, es decir, cuando se sabe qué personas de carrera administrativa quedaron por fuera de la nueva planta de personal. Los derechos de carrera de estos empleados se traducen en el derecho a ser incorporados a empleos equivalentes que estén vacantes o que se creen en la planta de personal, dentro los seis meses siguientes, siempre que se acrediten los requisitos mínimos para el desempeño del respectivo empleo. Esta última incorporación no habilita la acumulación de los tiempos prestados en dos o varias entidades para efecto de computar la indemnización por supresión de cargo. La primera vinculación laboral del actor al servicio del IDU estuvo precedida y regida por contratos de trabajo, en calidad de trabajador oficial. Durante ese periodo, desde luego, no fue inscrito en el escalafón de carrera administrativa. Con esta sola circunstancia probada dentro del proceso, se hace evidente que la situación fáctica del actor no encaja dentro del supuesto consagrado en el inciso segundo habilitante para la acumulación de los tiempos servidos en diferentes entidades, pues si no ostentó derechos de carrera al momento de su vinculación a la segunda entidad, era imposible ejercer cualquier derecho derivada de esta condición especial para vincularse a la otra entidad mediante la incorporación directa, que trata el artículo 39 de la Ley 443 de 1998.

[Sentencia del 19 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2002-11460-01\(2163-08\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

3. Legalidad de la resolución sobre pensión por convalidación aunque su reconocimiento sea posterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993

Situación fáctica: Analizar la legalidad de la Resolución expedida por el director administrativo de la Universidad Francisco José de Caldas, con el fin de determinar si el demandado tiene derecho a la pensión de jubilación en los términos establecidos en el Acuerdo 024 de 1989, o si por el contrario, su derecho pensional debe regirse por las normas generales que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos del orden distrital.

De acuerdo con la providencia 2309-06, de 17 de abril de 2008, no queda duda de que la Ley 100 de 1993 convalidó los derechos adquiridos sin justo título, con fundamento en normas territoriales anteriores a su expedición. En el caso del sub lite, al cotejar la Resolución No. 0384 del 29 de noviembre de 1995, por la cual se reconoció y ordenó pagar al demandado una pensión de jubilación, con el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, se observa que no persiste la ilegalidad invocada, teniendo en cuenta que esta normativa convalidó temporalmente los efectos de las normas de alcance territorial y las proferidas por los entes descentralizados del mismo orden en materia pensional, por ende los actos administrativos que reconocieron derechos pensionales con fundamento en Acuerdos de la Universidad, fueron legalizados por esta disposición, en los términos citados con antelación. Al respecto debe tenerse en cuenta que aunque la autonomía universitaria no incluye la facultad de regular el régimen pensional de sus empleados, pues tal función para la fecha de expedición del Acuerdo No. 024 era exclusiva del Congreso de la República, lo cierto es que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 dejó a salvo los derechos adquiridos con base en las normas territoriales expedidas con anterioridad a su vigencia, sin consideración a su irregularidad, disposición que fue declarada exequible mediante la Sentencia C-410 de 1997. En razón de lo anterior y acatando las directrices señaladas por la Corte Constitucional, los presupuestos del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 le son aplicables al demandado, teniendo en cuenta que el Sistema General de Pensiones en el nivel Departamental, Municipal y Distrital conforme al artículo 151 de la ley en mención, entró a regir el 30 de junio de 1995 y en este caso, para tal fecha la situación pensional del demandado se encontraba ya definida, en tanto consolidó su status de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 6° del Acuerdo No. 024 de 1989, desde el mes de octubre de 1993 en vista de que nació el 14 de octubre de 1943 e ingresó a prestar sus servicios el 10 de septiembre de 1973.

[Sentencia del 19 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2004-05987-01\(0920-08\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

4. Legalidad del artículo 3 in fine del Decreto 1211 de 1999 sobre iniciación o suspensión de procesos ejecutivos contra Foncolpuertos

Situación fáctica: Establecer si el artículo 3º, in fine, del Decreto N° 1211 de 2 de julio de 1999, infringió las normas señaladas en la demanda, al establecer que no se puede iniciar ni continuar proceso ejecutivo, cuando se sustrae una obligación del orden de ordenación de pagos, establecida a cargo del pasivo laboral de la Empresa Puertos de Colombia.

El demandante también sostiene que el inciso acusado no limita en el tiempo el término dentro del cual la Administración debe pronunciarse, sobre si sustrae la obligación del orden de ordenación de pagos; que tal omisión implica que, sin importar el tiempo que se tarde, cuando se profiera la decisión siempre va a ser oportuna y así entonces, el acceso a la administración de justicia queda al vaivén de la voluntad del funcionario administrativo y en consecuencia se desconocen los derechos de igualdad, de petición, al debido proceso y de acceso a la justicia. La norma acusada corresponde a un solo inciso, el último, del artículo 3º del Decreto N° 1211 de 1999, la cual restringe la iniciación y prosecución de los procesos ejecutivos, cuando se sustrae una obligación del orden de ordenación de pagos, o cuando su solución no se haya solicitado previamente al Grupo Interno de Trabajo para la gestión del pasivo social de la Empresa Puertos de Colombia; este inciso debe analizarse en relación con el inmediatamente anterior, que prevé la suspensión del pago de una obligación cuando se realice esa eventualidad y en esa medida señala que tal suspensión opera hasta cuando en un proceso judicial se decida sobre la impugnación del título, o hasta que la autoridad administrativa decida si hay lugar a revocar el acto administrativo que hace las veces de título ejecutivo, lo cual evidentemente constituye un límite temporal que desvirtúa la afirmación del demandante.

NOTA DE RELATORÍA: Estése a lo dispuesto en sentencia de 12 de junio de 2003, Exp. 1035-00, mediante la cual la Sección Segunda negó las pretensiones de la demanda de nulidad del Decreto N° 1211 de 1999, mediante el cual el Gobierno Nacional reglamentó el artículo 6º del Decreto N° 1689 de 1997, o en su defecto, de los artículos 3º, 8º y 9º ejusdem.

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

[Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2004-00106-00\(1236-04\), MP. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Nulidad por inconstitucionalidad.](#)

5. Nulidad del acto que aceptó la renuncia de funcionario de la Fiscalía General de la Nación porque la decisión no fue el resultado de la voluntad libre y espontánea del actor, sino consecuencia del no otorgamiento de una licencia no remunerada

Situación fáctica: Establecer si la Resolución expedida por la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual aceptó la renuncia del actor, adolece de falsa motivación y desviación de poder.

Para la Sala es claro que conforme a las previsiones del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a la parte demandante en el presente litigio le corresponde aportar las pruebas pertinentes y suficientes, esto es, le incumbe la carga procesal de incorporar al debate todos los elementos de convicción necesarios que acrediten la existencia de vicios en su consentimiento tales como el error, fuerza (coacción física o moral) y dolo que determinen la falta de espontaneidad y voluntad en el acto de renuncia para el buen suceso de sus pretensiones, esto es, para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo acusado. Evaluado el acervo probatorio en su conjunto, para la Sala resulta evidente que, de conformidad con las disposiciones legales citadas en

párrafos anteriores, no se estructuraron los requisitos indispensables para que la renuncia del actor surta todos sus efectos, pues no fue el resultado de su voluntad libre y espontánea de retirarse del servicio, sino que ella obedeció como lo indicó en la primera carta de dimisión, a la infructuosa gestión que realizó para obtener una licencia no remunerada de 60 días que requería para el tratamiento médico de su esposa quien presenta una “Mielopatía” que hacía indispensable su atención permanente. Para la Sala resulta inaceptable que la demandada una vez conocido el motivo de la renuncia, en lugar de otorgarle la licencia no remunerada que justificadamente solicitó el actor, con desconocimiento de sus derechos, le indique que ésta no se ajusta a las normas vigentes al encontrarse motivada, y no le den alternativa diferente que elaborar otra, la que en efecto presentó el 10 de enero de ese mismo año ajustándola a esas exigencias. Así las cosas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se llega a la convicción de que la renuncia aceptada mediante el acto acusado, no fue el resultado de la voluntad libre y espontánea del actor, razón más que suficiente para confirmar la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado. Además, la testimonial refleja un panorama indeseable y contrario a los deberes que impone el ejercicio de la función pública evidenciado en el tratamiento descortés y falto de respeto de parte de la Directora Nacional Administrativa y Financiera con sus subalternos entre ellos el actor, lo cual choca con la protección al derecho al trabajo en todas sus modalidades, pues por mandato de nuestro ordenamiento superior debe ejercerse en condiciones dignas y justas, y en este caso no sucedió.

[Sentencia del 29 de julio de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2002-06703-01\(0600-08\), MP. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

6. La opción entre la incorporación a la nueva planta de personal o indemnización debe comprender a empleados aforados al momento de la supresión del cargo y no al cesar la garantía sindical

Situación fáctica: Establecer si procede el reintegro de la demandante al cargo de auxiliar de la planta del Departamento Administrativo de Planeación Distrital de Bogotá o a un cargo equivalente al que ocupaba al momento de ser retirada del servicio por supresión del cargo.

Mediante Oficio de 21 de septiembre de 2001 el Subdirector Administrativo y Financiero del Departamento Administrativo de Planeación Distrital de Bogotá le informó a la demandante que la protección del fuero sindical que le asistía por ser miembro de la asociación sindical SINTRAPLAND, finalizaba el 24 de septiembre del mismo año. Y así mismo le informó, que teniendo en cuenta su condición de empleada inscrita en el escalafón de la carrera administrativa podía optar por ser incorporada a un empleo equivalente o por recibir indemnización. En consideración a lo antes expuesto, estima la Sala que el hecho de que la administración distrital, en el caso concreto, le hubiera informado a la demandante el 21 de septiembre de 2001 el derecho que le asistía a solicitar su reincorporación o indemnización, esto, es, cinco meses después del momento en que se le suprimió el cargo que venía desempeñando, 30 de abril de 2001, torna en inocua la garantía prevista en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998 toda vez que, como ya se dijo, para ese momento la nueva planta de personal del Departamento Administrativo de Planeación Distrital de Bogotá debió ser conformada en su totalidad, imposibilitando la incorporación efectiva de la demandante. En efecto, en el caso bajo examen la Directora del Departamento Administrativo de Planeación Distrital de Bogotá, mediante oficio de 19 de marzo de 2002, le informó a la demandante que en relación con su solicitud de incorporación de 24 de septiembre de 2001, se encontró que en la planta de personal establecida por el Decreto 366 de 30 de abril de 2001 no existía vacante de un empleo igual o equivalente al que ostentaba al momento de la supresión del cargo. Bajo estos supuestos, la Sala declarará la nulidad del oficio de 21 de septiembre de 2001, mediante el cual se le informó a la demandante sobre la supresión de su empleo y se le concedió por fuera de la oportunidad legal, el derecho que le asistía, según el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, a optar por la reincorporación en la nueva planta de personal o por la indemnización por supresión del empleo. En punto del

restablecimiento del derecho, la Sala ordenará el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir por la actora desde la fecha del retiro hasta la de su incorporación efectiva.

[Sentencia del 22 de julio de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2001-07679-02\(0402-08\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

7. Los factores que constituyen el ingreso base de liquidación en la Leyes 33 y 62 de 1985, tienen carácter enunciativo y no taxativo, y por tanto no impide la inclusión de otros factores salariales devengados en el último año de servicios, así no se haya hecho el respectivo descuento, en consideración:

a) La interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad

De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

b) La Interpretación taxativa vulnera el principio de igualdad

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

c) La interpretación taxativa vulnera el Principio de la realidad sobre las formalidades

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

d) la interpretación taxativa no vulnera el Principio de Protección del Erario Público

Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

e) En la Liquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

[Sentencia de 4 de agosto de 2010 , Exp. 25000-23-25-000-2006-7509-01\(0112-09\). MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia de UNIFICACIÓN proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado, con salvamento de voto del Dr. Gerardo Arenas Monsalve

8. Los factores que constituyen el ingreso base de liquidación en la Leyes 33 y 62 de 1985 son taxativos, sobre los cuales es obligatorio realizar los respectivos descuentos, sin que sea posible la inclusión de un factor diferente de los allí enumerados. No vulneración de los principios de igualdad, de primacía de la realidad sobre las formalidades y de progresividad (SALVAMENTO DE VOTO)

Si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede válidamente incluirse en la liquidación de la pensión. Lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional y no abrir la posibilidad de incluir diferentes factores a los que taxativamente dispuso la norma porque, de lo contrario, sería quitarle el efecto útil al listado que dedicadamente estableció el legislador para la liquidación de pensiones de los entonces empleados oficiales. No comparto el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de *“igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral”* porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparto la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad. El

principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”. Por ello, sobre la base del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, no puede concluirse que los factores enlistados en una norma son meramente enunciativos ya que aunque éste incluye un mayor número de conceptos salariales a tener en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación, de la redacción del mismo tampoco se deduce que se deba incluir todo lo devengado por el trabajador. 5.) No se comparte tampoco la tesis de que la taxatividad trae como consecuencia la regresividad en los derechos sociales de los ciudadanos, ya que el principio de progresividad se predica en relación con los cambios legislativos hacia delante y no para interpretar regímenes de transición, vale decir, aplicación de normas anteriores.

[Salvamento de voto de 5 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-7509-01\(0112-09\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

9. La causal de retiro del servicio por reconocimiento de la pensión no puede aplicarse a quienes dentro del régimen de transición son beneficiarios de permanecer hasta la edad de retiro forzoso, lo que permite reliquidar su monto, por constituir una situación jurídica consolidada que no puede modificarse por una ley posterior .

Situación fáctica: establecer si asistía derecho al demandante a permanecer en el cargo de Técnico en Ingresos Públicos III, Nivel 27, Grado 16 que desempeñaba en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, luego de efectuado el reconocimiento de su pensión de vejez y hasta la edad de retiro forzoso, o si por el contrario resultaba válido su retiro por reconocimiento de la pensión, con fundamento en la facultad otorgada a la Administración por virtud de lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797.

En lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición la totalidad de elementos con capacidad de determinar o influir el valor de la pensión y que dentro del ámbito del régimen de transición hayan tenido vocación jurídica para estructurar y consolidar en cada caso una determinada situación. En efecto, integran el régimen de transición el derecho a permanecer en el empleo hasta la edad de retiro forzoso -asunto precisamente debatido en esta causa-, porque esta prerrogativa es particularmente incidente en la fijación del valor del monto pensional, o en algunos casos, el derecho a obtener la liquidación del valor de la pensión a partir de la totalidad de los ingresos percibidos de forma mensual sin descontar aquellos en los que estrictamente se hicieron aportes conforme al régimen anterior, de manera que la integración de este elemento en los regímenes de transición se completa con todos aquellos que de manera directa tienen capacidad para determinar el valor de la liquidación o reliquidación pensional, por lo que el fallador debe abarcar su análisis para identificar en cada caso el derecho a la transición más allá del mero contenido descriptivo de la norma al fijar los condicionantes para el cálculo del quantum pensional. En esta perspectiva, la aplicación de la Ley 797 de 2003 en su artículo 9° parágrafo 3°, en cuanto estipula como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria el cumplimiento de los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión, se supedita al respeto del derecho de transición en el componente que examinamos, pues si el empleado consolidó sus derechos atendiendo la posibilidad de diferir el goce de su pensión y acceder a la reliquidación del monto de pensión prevista en el artículo 150 de la Ley

100 de 1993, es indiscutible que por efecto del derecho a la transición: i) podrá quedarse en el empleo para reajustar su derecho pensional mas allá de la fecha en que se le notificó el acto administrativo que reconoce su derecho a la pensión de jubilación, y ii) no podrá ser obligado a retirarse por el solo hecho de haberse expedido a su favor resolución de jubilación si no ha llegado a la edad de retiro forzoso, toda vez que el derecho a la transición y la concreción del derecho pensional a la luz del mismo, le preservan y habilitan la posibilidad de reliquidar el valor de su pensión en los eventos allí determinados. En estas condiciones el componente económico del derecho de transición, convoca en su estructura a otras normas que ciertamente poseen relación directa con los elementos integradores del mismo, sin que el fallador pueda alegar una situación de derogatoria de la Ley como pretexto para desconocer los alcances de un régimen de transición configurado y habilitado por el propio Legislador. Aquí sin duda milita una situación de confianza legítima que el orden jurídico no puede desconocer.

[Sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2004-06145-01\(2533-07\), MP. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

NOTA DE RELATORÍA: SE RECTIFICA la posición del Consejo de Estado en relación con el retiro del servicio por reconocimiento de la pensión de jubilación en el régimen de transición, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia de 27 de octubre de 2005, Rad. 4773-03, MP. Jesús María Lemos Bustamante

10. El ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los empleados del servicio exterior no debe fijarse sobre el salario de cargos equivalentes en la planta interna sino al efectivamente devengado. Derecho a la igualdad. Derecho a la dignidad. Derecho al mínimo vital

Situación fáctica: El asunto se contrae a establecer si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, con base en el salario y factores devengados como Embajador Extraordinario Plenipotenciario (funcionario de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores) o si, por el contrario, debe tomarse el salario correspondiente a un cargo equivalente de la planta interna de ese Ministerio.

Debe precisarse que el artículo 57 del Decreto 10 de 1992 disposición declarada inexecutable fue reproducida en la Ley 797 de 2003 -artículo 7° - parágrafo, al prever que para los funcionarios de la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores el cálculo del ingreso base de cotización se hará con base en la asignación básica mensual y los factores salariales establecidos en las normas vigentes para los cargos equivalentes de la planta interna, norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 173 de 2004, por considerarla violatoria del derecho a la igualdad. Que el régimen pensional de los diplomáticos no está excluido del ordenamiento general de la Ley 100 de 1993, que en su artículo 279 exceptuó de su aplicación a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a los Servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos y sus pensionados. Es aplicable el régimen de la Ley 100 de 1993, cuando el servidor no se halla en el régimen de transición o el régimen que lo regía con anterioridad, si se hallaba dentro de los supuestos consagrados en su artículo 36 para ser beneficiario del régimen de transición, lo que no significa en modo alguno la aplicación de la norma de equiparación referida con anterioridad, que como quedó establecido, es inconstitucional. De acuerdo a lo consignado en párrafos antecedentes, que la liquidación efectuada por la entidad de previsión fue ilegal al dar aplicación a normas abiertamente violatorias del derecho a la igualdad, a la dignidad y al mínimo vital, que en modo alguno pueden ser supeditadas a factores como la sostenibilidad de las pensiones, pues este mismo encuentra su fundamento en las cotizaciones que son descontadas a cada servidor y que en el fallo que se revisa fueron ordenadas.

[Sentencia 5 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2006-08332-01\(1844-08\), MP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

11. Se revoca la suspensión provisional de la Circular Conjunta No 00002 de 2009, por la cual se fijó el porcentaje de cotización al Régimen Contributivo al pensionado, por declararse la inexecutable del artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, que sirvió de sustento a la decisión.

Situación fáctica: Se solicitó la revocatoria del auto que decretó la suspensión provisional del acto demandado.

Esta sección, mediante auto del 16 de julio de 2009, decretó la suspensión de la Circular Conjunta No 00002 de 2009. Se evidenciaba en ese momento procesal, la manifiesta infracción de que trata el artículo 152 del C.C.A., al imponerle al pensionado en el período comprendido entre los meses de enero y noviembre de 2008, la cotización del 12.5% al régimen contributivo de salud, a su vez, el inciso 2° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, adicionado por la Ley 1250 de 2008, contemplaba la cotización del 12% al régimen contributivo de salud a partir de enero de 2008, por tanto, era pertinente la suspensión provisional. Mediante sentencia C-430 de 1 de julio de 2009, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró: “INEXEQUIBLE la expresión “la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008””, contenida en el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, por la cual se adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993”. (Subrayado y cursiva fuera de texto). En ese orden de ideas al ser declarado inexecutable al aparte del artículo 1 de la Ley 1250 de 2008 que adicionó un inciso al artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la medida cautelar decretada se revocará, ya que no es necesario mantenerla por carecer de sustento jurídico su decreto.

[Auto de 10 de junio de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2009-00050-00\(0999-09\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA . Acción de nulidad](#)

12. La diferencia de la remuneración del Juez Penal Militar y el Juez del Circuito, obedece a la existencia de regímenes salariales y prestacionales diferentes, y por tanto, no constituye un desmejoramiento salarial

Situación fáctica: Establecer si la remuneración fijada para los Jueces de Instrucción Penal Militar, en el artículo 2°, numeral 3°, del Decreto N° 4172 de 2004, equivalente a la de los Jueces Municipales Grado 15, infringió las normas constitucionales señaladas en la demanda, en consideración a que los Decretos Nos. 718 y 911 de 1978 les asignó a los primeros el Grado 17, el mismo de los Jueces del Circuito, razón por la cual tenían derecho a devengar idéntico salario al de sus homólogos.

El Decreto 4172 Artículo 2 numeral 3 demandado fue expedido el 10 de diciembre de 2004, para regular el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, vale decir con posterioridad al Decreto N° 3406, que lo fue el 19 de octubre de 2004 y si para aquélla data los Jueces de Instrucción Penal Militar pertenecían a la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional y no a la de la Rama Judicial como los del Circuito y además ya no ostentaban el Grado 17 como éstos bien podía señalarse un salario diferente entre unos y otros, que, como quedó demostrado, no surgió con esas normatividades, sino desde el Decreto N° 57 de 1993, pues desde entonces ya existía diferencia entre las remuneraciones fijadas para los Jueces del Circuito y de Instrucción Penal Militar. De acuerdo con lo señalado en las normas precitadas, el Decreto N° 57 de 1993, estableció dos regímenes salarial y prestacional, uno de obligatorio cumplimiento para quienes se vincularan al servicio con posterioridad a su vigencia, que lo fue el 7 de enero del mismo año y otro opcional para quienes decidieran acogerse a él antes del 28 de febrero de 1993 y para quienes no lo hicieran continuarían rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha. Mientras que a personas como la demandante cuya vinculación como Juez de

Instrucción Penal Militar fue posterior a la última data (8 de octubre de 1984), debía aplicárseles obligatoriamente el primero de los regímenes referidos, quienes venían vinculados a la Rama Judicial y a la Justicia Penal Militar bien podían continuar con el régimen salarial y prestacional que traían, u optar por el establecido en el Decreto N° 57 de 1993. De lo expuesto se concluye que la razón por la cual a los Jueces Penales Militares y del Circuito se les asignó una remuneración diferente, obedeció a que existían dos regímenes salariales y prestacionales diferentes, frente a los cuales algunos podían tomar la opción que más favoreciera a sus intereses particulares, lo cual no puede implicar un desmejoramiento de su salario, porque no existió una imposición sino la libre elección de su parte.

[Sentencia de 4 agosto de 2010, Exp.11001-03-25-000-2005-00083-00\(3250-05\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ . Acción de nulidad](#)

12. Se niega la suspensión provisional del Decreto 03905 de 2009, por el cual se estableció que la convocatoria de los empleos en provisionalidad del Ministerio de Defensa se realizaría una vez que se pensione el empleado que lo desempeñe, cuando éste lleve 3 o más años de vinculación, por no evidenciarse manifiesta violación de norma superior

Situación fáctica: Se solicita la suspensión provisional del Decreto 039 de 2009, por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004.

El punto de inconformidad, expuesto por el demandante, de ser el Decreto 03905 de 2009 violatorio de los artículos 13 y 83 de la Constitución Política, y de los artículos 1, 2, 3, 23, 27, 28 y 29 de la Ley 909 de 2004, amerita un debate probatorio pertinente que no es propio de esta etapa procesal y que hace necesaria la garantía del ejercicio del derecho de contradicción de la parte demandada. Por tanto, sólo pueden ser decididos después de un análisis de fondo de la situación planteada. Así las cosas, de la simple comparación entre el acto acusado y las normas consideradas como vulneradas por el actor, no es fácil determinar la infracción de las mismas, por lo tanto, es necesario esclarecer en el epílogo del proceso la situación real y determinar el alcance de la norma acusada como vulnerada a que alude la parte actora. Es decir, no es posible concluir la infracción de las normas mencionadas, con el carácter de manifiesta que exige el artículo 152 del C.C.A. para que prospere la medida cautelar, toda vez que corresponde al fondo de la controversia determinar si a través de los actos acusados se vulneran las normas mencionadas por el actor.

[Auto de 10 de junio de 2010, Exp. 11001-03-25-000-2009-00141-00\(2120-09\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA. Acción de nulidad](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Providencia con perspectiva de género. Protección a la familia y a la mujer gestante.

Al estudiar la legalidad de un acuerdo conciliatorio celebrado ante esta Corporación, la Sala destacó -una vez más- la importancia de la protección a la mujer dentro del marco de las decisiones judiciales.

Se trató de un caso de responsabilidad médica obstétrica debido a la lesión sufrida por un menor, quien al momento de su nacimiento padeció una parálisis cerebral de carácter irreversible y permanente, a causa de la falta de oxígeno originado por la prolongación de la fase de expulsión durante el parto, sin que la entidad demandada contara con los instrumentos necesarios para recibir al recién nacido y mucho menos para darle a la madre y al hijo el cuidado requerido en un parto con complicaciones.

Fue así entonces como la Sección Tercera de la Corporación efectuó unas consideraciones en torno al deber del Estado respecto de la protección a la familia y a la mujer en embarazo.

En tal sentido, señaló: "... el embarazo en la mujer debe gozar, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de un cuidado y protección especiales por parte del Estado, dada su relación directa con la constitución de la familia, institución igualmente amparada en el ordenamiento legal nacional, a la cual se le ha reconocido, además, su calidad de elemento fundamental y natural de la sociedad. Así pues, para el momento de finalización del embarazo, la sociedad y el Estado especialmente deben velar por la salud de la madre y de aquel que está por nacer mediante la prestación de un servicio médico adecuado que procure la conservación de la integridad física de ambos. Igualmente, resulta necesario precisar que el artículo 11 de la Carta Política consagra la vida como un derecho fundamental inviolable cuyo amparo cobija al nasciturus, tal y como lo establece el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

La Corporación consideró que dentro del presente asunto, el tratamiento médico prestado por el ente público demandado a la madre del menor fue deficiente y transgredió la integridad física de ambos, sin tener en cuenta que la condición de la mujer en estado de embarazo corresponde a una situación que requiere de un cuidado especial y único, mucho mas para el momento del parto, lo cual no puede admitir una atención descuidada, inadecuada y ni siquiera elemental, ni mucho menos deficiente como la que se dio en este caso, pues aún cuando se tenía pleno conocimiento de la falta de recursos del centro médico para atender el parto, el cual por sus complicaciones requería de una atención especializada, se continuó con la intervención médica que, a su turno, se constituyó en la causa determinante para que el menor naciera con múltiples lesiones de tipo cerebral.

"Para la Sala, resulta importante destacar el papel que desempeña la mujer en la sociedad como madre, puesto que es ella quien se encarga del desarrollo y de la culminación del embarazo, lo cual la convierte en una promotora y gestadora de vida, permitiendo la perpetuidad de la especie humana, cuestión mas que suficiente, unida a la dignidad que le debe ser reconocida y respetada como persona, para que en el momento del alumbramiento se le deba brindar el mejor trato que amerita tan magno evento".

[Auto de 12 de mayo de 2010, Exp. 54001-23-31-000-2001-00441-01 \(37.427\). MP.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA. CONCILIACIÓN JUDICIAL.](#)

2. El auto que resuelve el recurso de reposición no es susceptible de recurso alguno.

La Sala reiteró que de conformidad con los dictados del artículo 348 del C. de P. C., en particular de su inciso tercero, se desprende que contra los autos mediante los cuales se hubiere decidido un recurso de reposición previamente interpuesto no resulta procedente la formulación de nuevos recursos.

Precisó la Sala que aunque la mencionada limitación legal encuentra algunas excepciones, éstas - necesariamente- deben constar de manera expresa en normas de superior o igual jerarquía y a su aplicación debe procederse en forma restrictiva, sin que sea admisible, para esos eventos exceptivos, la interpretación amplia ni la aplicación por vía de analogía; tales excepciones son: i) cuando la propia ley autoriza o contempla la formulación subsidiaria de algún recurso adicional al de reposición y el mismo ha sido interpuesto en esas condiciones, como ocurre, por ejemplo, con los recursos subsidiarios de apelación; ii) cuando la ley se encarga de regular, de manera expresa, la interposición del correspondiente recurso de reposición y su respectiva decisión confirmatoria como requisitos de procedibilidad para la interposición de un recurso diferente, tal como sucede con el recurso de queja; iii) cuando en la decisión se adopten nuevas determinaciones o se resuelva sobre aspectos no contemplados en la providencia inicialmente recurrida.

En relación con esa última excepción, la Sección Tercera recalcó que cuando la decisión adoptada con ocasión del recurso de reposición interpuesto de manera previa, es revocatoria de la decisión impugnada, ello no puede considerarse como un punto o aspecto nuevo no decidido por medio del cual se abra paso la procedencia de una nueva impugnación.

La Corporación indicó que cuando una determinada decisión judicial es impugnada, el juez de la causa cuenta, en principio, con tres alternativas o posibilidades, a saber: confirmar, modificar o revocar la providencia materia de recurso y cuando se adopta ésta última decisión -revocar la providencia atacada- no puede entenderse como un aspecto o un punto nuevo no decidido en la providencia que le precedió, porque así ambas decisiones sean distintas, lo cierto es que devienen de un mismo y único asunto jurídico circunscrito al debate propuesto mediante el correspondiente recurso de reposición.

Con fundamento en lo anterior, la Sala, de manera expresa, ratificó su posición en el entendido de que el auto que desata un recurso de reposición no es pasible de un nuevo recurso -salvo que, naturalmente, se configure alguna de las excepciones antes señaladas, tal como lo había expresado en un pronunciamiento fechado en mayo 21 de 2008, expediente 34.762.

[Auto de 18 de marzo de 2010, Exp. 25000-23-26-000-2000-00764-02 \(35.010\). MP.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN EJECUTIVA.](#)

3. Con la aplicación de la Ley 1395 de 2010, la definición de los conflictos de competencias le corresponde al Magistrado Ponente y no a las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado.

La potestad para conocer de estos asuntos radicó, a partir de la expedición de la Ley 1285 de 2009, en cabeza de las distintas Secciones y Subsecciones de la Corporación de acuerdo con su respectiva especialidad; sin embargo, con la expedición de la Ley 1395, se modificó de manera general la competencia para proferir los autos interlocutorios de única, primera o segunda instancia, en materia contencioso administrativa, entre ellos los que dirimen conflictos de competencias entre Tribunales Administrativos, los cuales corresponden, bajo la vigencia de ésta última ley, a los diferentes Despachos que integran cada una de las Secciones o Subsecciones de la Corporación.

[Auto de 12 de agosto de 2010, Exp. 25000-23-26-000-2010-00077-01 \(38.856\) MP.: ENRIQUE GIL BOTERO. CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIAS.](#)

4. Aprobación de conciliación judicial con fundamento en la Ley 288 de 1996.

Dentro de varios procesos acumulados que cursan ante la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuya pretensión es obtener la indemnización de perjuicios causados a los demandantes con ocasión de las lesiones y muerte de ciudadanos en hechos ocurridos el 13 de abril de 1992 en el lugar conocido como “Alto del Pozo” ubicado en la vía que conduce del Municipio de Cúcuta al Municipio de Ocaña, se celebró una conciliación judicial, la cual fue aprobada por la Sala con base en los lineamientos trazados por la Convención Interamericana de Derechos Humanos y, en particular, con sujeción a lo previsto en la Ley 288 de 1996, la cual introdujo el procedimiento a seguir para efectos de la conciliación prejudicial y judicial en estos casos especiales -que no siguen la normativa tradicional-.

El caso analizado por la Sala había sido sometido a consideración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual dictaminó que el Estado Colombiano tenía responsabilidad en la ocurrencia de los hechos objeto de proceso y formuló algunas recomendaciones, las cuales fueron acogidas por el Comité del Estado Colombiano durante la audiencia de solución amistosa lograda con

la parte demandante en la cual, además, el Estado Colombiano efectuó el reconocimiento internacional de responsabilidad por la muerte y lesiones de las víctimas.

De conformidad con lo anterior, la Sala consideró que el asunto se rige por lo dispuesto en la Ley 288 de 1996, por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos y que prevé los siguientes requisitos para que esos arreglos económicos puedan ser aprobados:

- Que exista una decisión previa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la cual se concluya que el Estado Colombiano incurrió en violación de derechos humanos en un caso concreto y se establezca que, como consecuencia, deba indemnizar los perjuicios causados;
- Que exista concepto previo favorable al cumplimiento de la decisión adoptada por el órgano internacional, por parte de un Comité constituido por los Ministerios del Interior, de Relaciones Exteriores, de Justicia y del Derecho y de Defensa Nacional.

[Auto de 12 de mayo de 2010, Exp. 54001-23-31-000-1993-07888-01 \(36.144\). MP.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ \(E\). ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

5. Competencia del Consejo de Estado frente a las acciones interpuestas para impugnar actos proferidos dentro de actuaciones agrarias.

Luego de un extensivo estudio de las normas que regulan las distintas actuaciones en materia agraria, como la adjudicación de baldíos, la extinción de dominio, la clarificación de la propiedad y el deslinde de tierras, la recuperación de baldíos, la expropiación judicial agraria y la reversión de bienes adjudicados, se concluyó que el Consejo de Estado es competente para conocer, en única instancia, de los siguientes asuntos agrarios:

- i) acción de revisión contra los actos que decidan de fondo los procedimientos de extinción del dominio agrario y aquellos que decidan sobre la clarificación, deslinde y recuperación de baldíos;
- ii) acción de nulidad de los actos proferidos por el INCORA (hoy INCODER), en los casos previstos en la ley;
- iii) acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra: a) los actos administrativos expedidos por el INCORA (hoy INCODER) que inicien las diligencias administrativas de extinción del dominio, clarificación de la propiedad, deslinde y recuperación de baldíos; b) de manera residual, de las acciones de nulidad y restablecimiento que carezcan de cuantía, proferidas por el INCORA (hoy INCODER).

Finalidades de la acción de revisión y de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en materia agraria.

Se precisó que entre las mencionadas acciones existe una diferencia material en el objeto de cada una de ellas, puesto que a través de la primera se busca comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales que regulan determinado procedimiento, en tanto que mediante el ejercicio de la segunda, se persigue impugnar la validez de un acto administrativo y el consecuencial restablecimiento del derecho subjetivo lesionado.

Competencia para conocer de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos que revocan de manera directa la adjudicación de baldíos

Se indicó que en relación con la acción procedente y el juez competente respecto de los actos

administrativos de revocatoria directa de la resolución de adjudicación de un bien baldío, las normas vigentes guardan silencio en relación con el juez competente para conocer de las controversias que se susciten con ocasión de ese acto, por lo cual resulta necesario acudir a las normas generales, según las cuales: - Será competente el Juez Administrativo en primera instancia, de las acciones de nulidad y restablecimiento con cuantía, siempre que la misma no exceda de 300 SMLMNV. - Será competente el Tribunal Administrativo en primera instancia, de las acciones de nulidad y restablecimiento con cuantía, siempre que la misma sea igual o exceda de 300 SMLMNV. Se precisó, además, que el hecho de que se apliquen las reglas generales de competencia consagradas en el Código Contencioso Administrativo, el asunto no pierde su naturaleza agraria.

El acto que revoca en forma directa la adjudicación de baldíos sí tiene cuantía y está dada por el valor comercial del bien inicialmente adjudicado

Aunque al Consejo de Estado se le atribuyó la competencia para conocer, en única instancia, de las demandas presentadas en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos del orden nacional que carezcan de cuantía, lo cierto es que la revocatoria directa del acto de adjudicación sí tiene cuantía, la cual está determinada por el valor comercial del bien inicialmente adjudicado.

[Auto de 29 de enero de 2010, Exp. 11001-03-26-000-2009-00081-00 \(37.152\). MP.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.](#)

SECCIÓN CUARTA

1. a) La tarifa diferencial para los licores extranjeros y nacionales no vulnera el principio de trato nacional, pues se fija de acuerdo con el grado de contenido alcohólico del producto, sin hacer diferencia alguna entre licores nacionales y extranjeros

Se demanda la nulidad parcial de los artículos 70, 71 y 74 y el artículo 96 de la Ordenanza 24 de 1997, expedida por la Asamblea de Cundinamarca.

Extracto: La demandante ha insistido en que las partes demandadas desconocen el principio de Trato Nacional adoptado en la legislación interna por la Ley 170 de 1994. Considera la Sala que carece de fundamento la aducida violación de la Ley 170 de 1994, porque como quedó dicho, tratándose de licores nacionales el momento en que surge la obligación para el pago del impuesto, no es el consumo en sí mismo, sino la entrega del producto en fábrica o en planta con miras a que sea posteriormente consumido; y para el caso de los productos importados, la introducción al territorio nacional. Como puede evidenciarse, en ambos casos, los hechos se concretan antes de que se consuman efectivamente los productos, ya que no es necesario que se consolide la distribución, venta, permuta, publicidad, promoción, donación, comisión o autoconsumo para que surja la obligación tributaria. Es obvio que, tanto en el caso de licores nacionales como extranjeros la causación se da con miras a ser enajenados y consumidos, no en el momento del consumo efectivo, de donde no se presenta diferencia alguna en desmedro de los licores extranjeros. De otra parte, no es cierto que haya trato diferencial en las tarifas para los productos nacionales y los extranjeros, pues anulada la expresión “extranjeros” del artículo 74 acusado, es claro que la ley así las fijó. Las tarifas son progresivas para todas las bebidas alcohólicas con rangos de porcentajes de acuerdo con el grado de alcohol, independientemente de la procedencia o tipo de producto. La tarifa del 40% para los licores con contenido de alcohol superior a 35 grados, cuestionada, debe aplicarse a los productos importados y a los nacionales, sin distingo alguno. Según lo dicho no se evidencia la aducida violación del principio de trato nacional, pues las disposiciones en manera alguna establecen condiciones desfavorables para los licores de origen extranjero o protegen la producción nacional, por el contrario se evidencia la igualdad de trato para los productos nacionales y los importados, el

hecho de que en el país existan o no bebidas alcohólicas con un grado superior (a 35°) es un argumento circunstancial que no afecta la legalidad de la tarifa del 40% ...". El principio de trato nacional se aplica una vez los productos están en el país, es decir, una vez se encuentren en condiciones similares a los nacionales para ejercer la libre competencia. En este entendido, la norma es clara y no admite interpretación alguna, la tarifa porcentual se fija de acuerdo con el grado de contenido alcohólico del producto, sin hacer diferencia alguna entre licores nacionales y extranjeros, de donde igual puede resultar con tarifa superior un licor nacional que uno extranjero, ya que ni todos los extranjeros tienen más de 35 grados, ni todos los nacionales tienen grados inferiores. Por otra parte, las decisiones allegadas en esta instancia de la Organización Mundial de Comercio, en las que el Órgano de Apelación recomienda al Órgano de Solución de Diferencias, que solicite a Japón, Chile y Corea, que pongan la Ley del Impuesto sobre las Bebidas Alcohólicas en conformidad con las obligaciones contenidas en el GATT 1994, corresponden a casos particulares en los que examinados determinados productos a la luz del sistema tributario de cada país y la interpretación del texto del Artículo III, titulado, Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores, se concluyó que este principio había sido infringido. Se resalta que en el informe del Órgano de Apelación, en el caso Japón, se precisa que, en cada caso debe hacerse un análisis cuidadoso y objetivo de cada uno de los datos pertinentes y de todas las circunstancias relevantes para determinar 'la existencia de tributación protectora'. En el presente asunto, como se dijo, las tarifas legales se fijaron por rangos de acuerdo al contenido alcoholométrico y no por el origen o tipo de producto. La Ley no da protección alguna a la producción nacional ni impone condiciones de competencia superiores a los productos importados. Finalmente, el artículo 96 de la Ordenanza sólo fija, en los términos señalados por el legislador, el impuesto al consumo mínimo de los productos extranjeros, sin que de su texto se evidencie un trato preferencial para las mismas mercancías producidas en el país.

b) La Asamblea de Cundinamarca no tenía facultades para gravar sólo los licores extranjeros con el impuesto al consumo

En cuanto al hecho generador, si bien el texto del artículo 70 se asemeja al 202 de la ley, lo cierto es que, el acto departamental, al introducir la expresión "extranjeros", cambia el sentido de la disposición, pues mientras el legislador establece que el hecho generador está constituido por el consumo de licores, sin distinguir su origen, sea nacional o extranjero, la ordenanza excluye del tributo a los licores de producción interna y grava sólo los extranjeros. Así el tratamiento discriminatorio contenido en el artículo 70 mencionado, desconoce la norma superior, por lo que se accederá a la nulidad de la expresión "extranjeros" que en él se subraya. En relación con el artículo 74 ib., el cual define la tarifa del impuesto, se advierte que la ordenanza lo denomina como "impuesto al consumo de licores extranjeros, vinos, aperitivos y similares nacionales y/o extranjeros". Como se dijo en el primer punto la palabra "extranjeros" distingue el tributo que el legislador creó en relación con los licores en general, al señalar que sólo los licores que tengan esta calidad, esto es, la de extranjeros, son los gravados. Trato diferencial no establecido por el legislador. Dado que el impuesto grava, como se dijo, el impuesto al consumo de "licores", tanto nacionales como extranjeros, procede declarar la nulidad de la palabra "extranjeros" que excluye del gravamen a los licores nacionales. De otra parte, las tarifas que en el artículo 74 se señalan, son idénticas a las del artículo 206, en el que el legislador estableció las tarifas del impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos, y similares, en cuatro rangos, fijados según el número de grados alcoholométricos, con independencia del origen y de la clase de bebida alcohólica. Así, el artículo revisado se ajusta a la normativa que regula la materia. En consecuencia se anula la expresión "extranjeros" de la parte inicial de los artículos 70 y 74 y se niegan las demás pretensiones.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2001-00123-01 \(17499\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad](#)

2. Los saldos a favor compensados o susceptibles de compensarse sirven para demostrar el pago de la retención en la fuente siempre y cuando se hayan generado con anterioridad a la presentación de la declaración de retención

Se analiza la aplicación del artículo 11 de la Ley 1066 del 2006, que adicionó el literal e) del artículo 580 ESTATUTO TRIBUTARIO, para establecer si las compensaciones solicitadas por la actora pueden tenerse como pago de la declaración de retención en la fuente. En caso de que puedan aceptarse, la Sala debe determinar si las compensaciones cubrieron el valor total que debía pagar la actora en el mes de septiembre del 2006, por concepto de retención en la fuente.

Extracto: Se advierte que si bien el artículo 11 de la Ley 1066 de 2006 tiene por finalidad que el agente de retención cumpla con su obligación de pagar lo recaudado por la percepción de los tributos del sujeto pasivo de los impuestos de renta, IVA y timbre, también es cierto que tal disposición tuvo su origen en la cartera que se genera porque el Estado no recibe oportunamente los valores percibidos por los agentes retenedores, lo que afecta su financiamiento, conforme al artículo 95 de la Constitución. Es claro que la situación que se presenta en el sub examine, no corresponde, en principio, a la finalidad prevista en el artículo 11 de la Ley 1066 de 2006. Lo anterior, porque si bien la sociedad actora no pagó al momento de presentar la declaración el valor liquidado, no puede sostenerse que el Estado no haya recibido -aunque sea por otro concepto como son los saldos a favor originados en otras declaraciones- los valores que debe pagar por retención en la fuente, es decir, que no se configura la situación que la Ley 1066 del 2006 busca precaver con la obligación de presentar con pago la declaración de retención en la fuente. En efecto, de conformidad con el artículo 803 del Estatuto Tributario se entiende pagado el impuesto cuando los valores imputables hayan ingresado a las oficinas de impuestos nacionales o a los bancos autorizados, aun en los casos en que se hayan recibido inicialmente como simples depósitos, buenas cuentas, retenciones en la fuente, o que resulten como saldos a su favor por cualquier concepto. En tales condiciones, con el requisito de pago exigido en el literal e) del artículo 580 Estatuto Tributario, no puede entenderse que los contribuyentes perdieron su derecho a solicitar la compensación de los saldos a favor, pues tal literal tiene como finalidad que el agente retenedor pague oportunamente su declaración, situación que no se configura respecto de aquellos que son titulares de saldos a favor. Sin embargo, como la norma exige que la declaración se presente *con pago*, porque el espíritu del precepto es que se pongan a disposición del Estado los recursos retenidos dentro de los plazos previstos para ello, es lógico que los agentes retenedores que pretendan hacer valer sus saldos a favor, deberán demostrar que dichos saldos se generaron con anterioridad a la presentación de la declaración de retención en la fuente y que ellos correspondan al total que deben pagar por este concepto. Sólo así se entiende que la norma cumple con su finalidad. Así, aunque la nueva disposición permite expresamente la compensación, ello no impide que, incluso antes de su expedición y desde una interpretación finalista de la norma, pueda entenderse que el requisito de pago de la declaración de retención en la fuente puede extinguirse con la compensación de saldos a favor, en las condiciones antes señaladas para que no se desvirtúe el propósito de la norma que, se reitera, es recibir oportunamente los recursos para el financiamiento de los gastos del Estado. Por consiguiente, para la Sala, los contribuyentes que presentaron sus declaraciones de retención en la fuente sin pago, antes de la entrada en vigencia de la modificación introducida por la Ley 1111 del 2006, podían demostrar ante la Administración que el valor determinado en la declaración de retención en la fuente fue o es susceptible de compensarse con saldos a favor liquidados en sus declaraciones tributarias, de acuerdo con los términos generales establecidos en los artículos 815 y siguientes del Estatuto Tributario, siempre y cuando sean anteriores a la fecha de la presentación de la declaración de retención en la fuente.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2008-00014-01 \(17491\) MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

3. La acción de nulidad simple procede contra actos particulares y concretos cuando el objeto de la acción es preservar únicamente la legalidad y la integridad del orden jurídico

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y se inhibió de hacer un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones de la sociedad accionante.

Extracto: El objeto de las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho es que se declare la nulidad de actos administrativos que infringen normas de carácter superior. Pero, mientras que con la acción de nulidad se persigue la defensa del orden jurídico en abstracto, con la de restablecimiento del derecho se busca el resarcimiento de un derecho subjetivo lesionado con un acto de la administración. A diferencia de la acción de simple nulidad, que puede ser ejercida por cualquier persona, la de nulidad y restablecimiento sólo puede ejercerla la persona que se crea lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica. (Artículo 85 C.C.A.) En principio, la naturaleza del acto es la que define el tipo de acción que habrá de ejercerse. Por ejemplo, si se trata de un acto administrativo particular la acción apropiada sería la de nulidad y restablecimiento. A contrario sensu, si el acto es de carácter general la acción de simple nulidad sería adecuada para cuestionar la legalidad del acto. Sin embargo, esta corporación, en aplicación de la teoría de móviles y finalidades, ha considerado que la acción de simple nulidad también procede contra los actos particulares y concretos cuando “la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad”. En dichos casos, se permite demandar en acción de simple nulidad los actos de contenido particular que comporten un interés superior y significativo para la comunidad en general, porque amenazan el orden público, social o económico del país. Es decir, la acción de nulidad contra actos particulares procede si el objeto de la acción es preservar únicamente la legalidad y la integridad del orden jurídico. Desde luego, en esos casos, el fallo solamente producirá el efecto buscado por el actor. Esto es, la restauración del orden jurídico en abstracto, y nunca podrá producir el restablecimiento automático del derecho subjetivo.

[Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Exp. 13001-23-31-000-2003-01707-01 \(17309\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

4. a) Cuando el artículo 90 del Estatuto Tributario hace referencia “al costo de los activos”, no se está refiriendo al costo de “los activos fijos” sino, en general, al costo que corresponda de conformidad con la naturaleza de los mismos

Extracto: En el caso in examine se cuestiona si la norma en comento, cuando se refiere a los activos, hace alusión únicamente a los fijos. La Sala considera que no, toda vez que el artículo 90 del E.T. se refiere, sin distinción alguna, a los activos. Y, si la norma no hace distinción alguna, no es pertinente la distinción que hace la entidad demandada. (Art. 31 C.C.). El hecho de que el inciso segundo del artículo 90 E.T. establezca una previsión especial para los activos fijos depreciables, permite confirmar que la referencia a los “activos” se hace in genere. En el mismo sentido, cuando el inciso quinto faculta a la DIAN para rechazar el precio de enajenación notoriamente bajo y señalar un precio acorde con “la naturaleza, condiciones y estado de los activos”. En ese orden de ideas, cuando se trate de establecer la renta bruta o la pérdida, necesariamente hay que establecer, por una parte, el precio de enajenación que, como se precisó, equivale al valor comercial, y, por otra, el costo del activo enajenado. Cuando la norma hace referencia “al costo de los activos”, no se está refiriendo al costo de “los activos fijos” sino, en general, al costo que corresponda de conformidad con la naturaleza de los mismos. Para establecer el costo del activo enajenado, dependiendo de la naturaleza del activo, habrá que remitirse a las reglas que establece el E.T. para establecerlo. Así, si se trata del costo de los activos fijos habrá que remitirse a los artículos 69 y subsiguientes del E.T, y si se trata del costo de los activos movibles, habrá que remitirse al art. 62 y subsiguientes del E.T.

Precisado el costo del activo, para determinar la renta bruta o la pérdida, el costo del activo debe cotejarse con el precio de enajenación o valor comercial.

b) Los avalúos técnicos autorizados por la lonja de propiedad raíz o por el instituto geográfico Agustín Codazzi son los que tienen en cuenta para determinar la pérdida en la enajenación de activos

Extracto: El artículo 9º del Decreto 1420, define las Lonjas de Propiedad Raíz como aquellas asociaciones o colegios que agrupan a profesionales en finca raíz, peritazgo y avalúo de inmuebles. La Corte Constitucional con ocasión de la demanda que se formuló contra el artículo 27 del Decreto 2150 de 1995 y el artículo 79 de la Ley 223 de 1995, precisó que la referencia normativa a las “Lonjas de Propiedad Raíz”, “(...) *no puede entenderse hecha con nombre propio a las actualmente existentes sino al género de (...) asociaciones y colegios que agrupen a profesionales dedicados a ese ramo.* [Avalúos]” De acuerdo con el artículo 10º del mismo decreto, las Lonjas de Propiedad Raíz o colegios o asociaciones que agrupen a profesionales dedicados al ramo de avalúos deben elaborar un sistema de registro y acreditación de los evaluadores afiliados. El artículo 12 a su vez dispone que cuando se solicite la elaboración de un avalúo a las lonjas o Lonja de Propiedad Raíz del sitio donde se encuentre ubicado el bien, éstas designarán para el efecto a uno de los peritos privados que se encuentren registrados y autorizados por ella o, en su defecto, podrán solicitarlo directamente al Instituto Geográfico Agustín Codazzi. En ese contexto, de acuerdo con la doctrina judicial de la Corte Constitucional a que se hizo referencia anteriormente, y de conformidad con el Decreto 1420 de 1998, se debe entender que cuando el artículo 90 hace referencia a *avalúos técnicos autorizados por la Lonja de Propiedad Raíz o por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi*, debe entenderse que son valuaciones hechas por peritos idóneos en la materia y que se encuentran autorizados por una asociación o colegio que agrupa profesionales dedicados a dicho ramo o, en su defecto, por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Sin embargo, para la Sala no es suficiente con que se afirme que los peritos se encuentran inscritos ante alguna de esas dos entidades, sino que además es necesario que se pruebe que dichos peritos han sido autorizados por alguna asociación o lonja de propiedad raíz que haga parte de dichas entidades.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2005-01026-01\(16691\) MP. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

5. a) Al ser la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo rogada, la orden de devolución no solicitada ante la Administración por la demandante es extrapetita e improcedente

Corresponde a la Sala examinar la legalidad de los actos administrativos por los cuales se rechazó la solicitud de devolución del impuesto a las ventas generado por la compra de materiales para construcción de vivienda de interés social, durante los periodos comprendidos entre agosto a diciembre de 1996 y enero a diciembre de 1997.

Extracto: Al establecer los requisitos de las demandas contra la jurisdicción contencioso administrativa, el artículo 137 (numeral 4º) del Código Contencioso Administrativo, exigió que en la impugnación de actos administrativos se indiquen las normas violadas y se explique el concepto de su violación; con ello, demarcó tanto el terreno de defensa para el demandado como el ámbito de análisis del juez y el alcance de su decisión. Por su parte, el inciso segundo del artículo 170 ibídem, circunscribió el efecto erga omnes de la sentencia que niega la nulidad pedida, a la causa petendi juzgada. Tales preceptos imponen limitaciones que le endilgan a esta jurisdicción un carácter rogado, en cuanto administra justicia sólo respecto de lo que lo que le piden quienes ejercen las acciones reservadas a su conocimiento, tomando como fundamento el ordenamiento legal que le invocan como vulnerado por los actos administrativos, y según los argumentos en que justifican tal vulneración. No obstante, de acuerdo con la sentencia C-197 de 1999, el juez de la legalidad del acto administrativo sólo puede abordar el análisis más allá del planteamiento rogado del actor, en aquellos casos de flagrante

violación de derechos fundamentales o de cualquier otra parte del ordenamiento jurídico que se demuestre efectivamente violada, en el caso de las acciones de simple nulidad, aunque se aparten de las normas que se señalan como vulneradas. Esta causal genérica de nulidad de actos administrativos, opera por el simple estudio comparativo entre el acto acusado y las normas de superior jerarquía a las que debían ajustarse, del cual se deduzca la violación del ordenamiento jurídico superior, por exceso o por defecto en la aplicación de aquéllas. El artículo 170 y 305 del C.P.C. describen el principio de congruencia de la sentencia, en sus dos acepciones: como armonía entre la parte motiva y la resolutive del fallo (congruencia interna), y como conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en la contestación (congruencia externa). El principio así concebido, persigue la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial certera sobre el asunto puesto a consideración del juez, al igual que la salvaguarda del debido proceso y del derecho de defensa del demandado, cuya actuación procesal se dirige a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda. Igualmente, trae consigo los conceptos de fallo ultra y extrapetita, como decisiones que van más allá de lo pedido, ya sea porque se otorgan cosas adicionales a las solicitadas en la demanda (sentencia ultrapetita), o porque se reconoce algo que no se solicitó (sentencia extrapetita). Por tanto, sería improcedente y en todo extra petita la devolución de sumas no solicitadas por la actora ante la Administración de Impuestos; de manera que ante la nulidad de los actos demandados, la orden de devolución sólo comprendería los pagos de IVA relacionados en la solicitud de devolución y/o compensación radicada el 7 de mayo de 1997, obrante en los folios 1 a 34 del cuaderno 2, previa verificación de los requisitos establecidos en las normas aplicables a aquélla, respecto de cada uno de dichos pagos.

b) La factura con el lleno de los requisitos legales es tarifa legal probatoria para la procedencia de la devolución del IVA pagado por la compra de materiales para la construcción de vivienda de interés social

El inciso 2º del párrafo de los artículos 815 y 850 del Estatuto Tributario, vigentes para cuando se presentó la solicitud rechazada por los actos acusados, consagraron el derecho a la compensación y devolución del impuesto sobre las ventas a favor de las entidades que hubieren pagado dicho tributo en la adquisición de materiales para la construcción de vivienda de interés social, cuyos planes estuvieran aprobados por el INURBE, o por el delegatario de éste; y de las cooperativas, organizaciones no gubernamentales y entidades sin ánimo de lucro que realizaran planes de autoconstrucción igualmente aprobados. El Decreto 1288 de 1996 reglamentó el procedimiento de dichas devoluciones y/o compensaciones, previendo que las mismas procedían a solicitud de las entidades mencionadas, presentada dentro del año siguiente a la fecha de expedición de las facturas, ante la dependencia correspondiente de la Administración de Impuestos Nacionales con jurisdicción en el domicilio fiscal de la solicitante, independientemente de que los proyectos de vivienda se desarrollaran en diferentes ciudades del país (artículo 4). El incumplimiento de alguno de los requisitos anteriores, determinado a partir de la verificación que autoriza el artículo 7 ejusdem, conduce a que la solicitud se inadmita, y a que deba presentarse nuevamente dentro del mes siguiente a la notificación del auto de inadmisión, subsanando las causas que dieron lugar a éste (artículo 8). No obstante, el mismo reglamento ordenó el rechazo definitivo de la solicitud, entre otros casos, “cuando las facturas con base en las cuales se solicita la devolución o compensación no cumplan los requisitos indicados en el literal d) del artículo 5o de este Decreto”, es decir, los de los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario, y la identificación del nombre o razón social y NIT del adquirente (Decreto 1288 de 1996, art. 9, lit. f). Conforme con el Decreto 1288 de 1996 (art. 5, lit. c y d), es claro que la solicitud de devolución requiere la entrega de la relación de facturas, certificada por Revisor Fiscal o Contador Público, en las que se indique su número, el nombre o razón social y NIT del proveedor y del adquirente del bien o servicio, el valor del IVA cancelado discriminado en ellas, y los demás requisitos de los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario. Para la época de los hechos (1997), estas últimas normas preveían como requisitos de la factura de venta: la denominación expresa como tal, la mención de los apellidos y nombres o razón social y NIT del vendedor o prestador del servicio, y de los apellidos y nombres o razón social del adquirente o comprador, cuando éste exigiera la discriminación del IVA pagado; así como la efectiva

discriminación en todos los casos de facturas expedidas por responsables pertenecientes al régimen común. La factura con el lleno de los requisitos mencionados es, pues, tarifa legal probatoria para la procedencia de la devolución del IVA pagado por la compra de materiales para la construcción de vivienda de interés social. En esa medida, dicho requisito pasa a constituir el presupuesto de un derecho sustancial, como fuente de información que permite establecer la efectiva realización del pago generador del saldo a favor objeto de devolución, y la transparencia de esa operación económica, por realizarse bajo las formalidades legalmente previstas. De tal importancia son los comprobantes externos, categoría propia de las facturas, que en materia de costos y deducciones el artículo 776 del Estatuto Tributario, dispuso su prevalencia frente a los asientos de contabilidad, y la comprobación de aquéllos sólo hasta concurrencia del valor de los comprobantes, siempre que éstos cumplan las exigencias legales. Sin duda alguna, de acuerdo con la normatividad que regula el derecho a la devolución del IVA referido, a la cual ya se hizo mención, quien paga el impuesto es el titular de dicha prerrogativa fiscal, por cuanto la obligación tributaria se origina en hechos económicos realizados por un determinado contribuyente. Esa condición - la de quien paga el impuesto - es propia del adquirente o comprador del bien o servicio vendido o prestado; de manera que si la ley exige que las facturas de venta que soportan los pagos tengan los apellidos y nombre o razón social del adquirente o comprador, es claro que la persona que ellas señalan es en quien recae la titularidad del derecho a la devolución y, por consiguiente, el facultado para solicitarla.

c) El contrato de administración delegada abarca las obligaciones de los contratos de arrendamiento para la confección de una obra material y del mandato

La referencia conceptual más descriptiva de los contratos de administración delegada es la que contenían los Estatutos de Contratación Pública - Decretos 1518 de 1965 (art. 5), 150 de 1976 y 222 de 1983, este último derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que presentan dicha forma contractual como modalidad del contrato de obra pública asociada a la forma como se remunera al contratista, en la que la obra es ejecutada por cuenta y riesgo de la entidad contratante, pero a través de un contratista que sólo es delegado o representante de aquélla, a cambio de unos honorarios previamente pactados. Se creó entonces el concepto dentro del contexto de la actividad edificadora, que en el régimen de la Ley 80 de 1993 pasó a condensarse en los contratos de obra para la realización de cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles, advirtiéndose que en los celebrados a través de licitación o concurso público, la interventoría debe contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, llamado a responder por los hechos u omisiones que le fueren imputables (art. 32, No. 1). Esta concepción legal en materia de contratación estatal, resulta útil a la hora de examinar los contratos celebrados entre particulares bajo la denominación de "Administración Delegada", dada la inexistencia de normas civiles que los tipifiquen. De acuerdo con ello, entiende la Sala que a través de ese tipo de contratos se adquieren los servicios de alguien capacitado y calificado para que construya, mantenga, instale o realice cualquier trabajo material dirigido a ejecutar la obra materia del contrato, en nombre de quien lo contrata. El contratante es el dueño de la obra, y el administrador delegado sólo se encarga de ejecutarla, asumiendo su buen resultado, como director técnico de la misma, poniendo al servicio del contrato toda su capacidad, y sin los riesgos propios del contratista independiente, como los originados en las fluctuaciones económicas, la inexperiencia o bajo rendimiento del personal contratado, o las fallas de los equipos utilizados. Como tal, el contrato abarca dos grupos de obligaciones principales, las propias del contrato de "arrendamiento para la confección de una obra material", regulado por los artículos 2053 a 2062 del Código Civil, cuyo objeto principal es la ejecución de la obra contratada dentro de las especificaciones y los plazos convenidos; y las que atañen a las relaciones establecidas entre el propietario y el constructor en lo que concierne a la administración de los fondos que deben invertirse para la ejecución de dicha obra, regidos por las normas del Código Civil que regulan el contrato de mandato (arts. 2142 a 2199), en cuanto no pugnen con las estipulaciones hechas por los contratantes y con las características especiales del contrato. Frente a cada una de ellas el constructor asume responsabilidades correlativas. En términos generales, conforme con la naturaleza misma del contrato, el contratante debe determinar claramente la obra a ejecutar; suministrar al contratista todo lo necesario para el cumplimiento de

sus funciones, como fondos económicos, o, si se pactaron, bienes muebles e inmuebles; y remunerar al administrador en la forma y periodos convenidos. A su vez, el contratante toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, según las cláusulas contractuales; maneja los fondos que le entrega el contratante para la ejecución, invirtiéndolos en la forma que indique el contrato y rindiendo cuentas pormenorizadas, detalladas y documentadas sobre su manejo; conservar y devolver en buen estado los bienes que hubiere recibido para la ejecución del contrato, salvo el deterioro natural; escoger y elegir trabajadores necesarios para realizar la obra y pagarles los salarios y prestaciones sociales que correspondan, con los dineros suministrados por el contratante, actuando como intermediario de éste; subcontratar; pagar las indemnizaciones por los daños que la ejecución cause a terceros, por su culpa descuido o negligencia o por la del personal que contrató; y pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. De acuerdo con esta perspectiva, es claro que la administración delegada entre particulares o entre éstos y entidades públicas, entraña la relación contractual propia del mandato, pues, a través de aquél, “una persona confía la gestión de uno más negocios a otra por cuenta y riesgo de la primera”, y, en ejercicio del mismo, el mandatario puede contratar en su propio nombre o en el del mandante, pero si contrata en su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros (Código Civil, artículos 2142 y 2177).

d) Hay lugar a la devolución del IVA por la adquisición de materiales para la construcción de vivienda de interés social respecto al Impuesto sobre las ventas pagado por el administrador delegado

Siendo ello así, se infiere que el administrador delegado siempre actúa en representación de quien lo contrata, de modo que los actos que realiza y que aparecen a su nombre, como el ser el comprador a quien se expiden facturaciones, se entienden titulados por su representado - mandante, o, contratante de la administración. Visto el contrato suscrito entre la Constructora la Vivienda S. A. y el Consorcio Héctor García y Cía S. A. y Construcciones Técnicas y Cía Ltda., a la luz del principio de realidad contractual y de las normas civiles que le son aplicables de acuerdo con su esencia y naturaleza, deduce la Sala que el Consorcio actuó simplemente como administrador delegado o mandatario con representación de Construcciones La Vivienda S. A., y que, en esa medida, los pagos que realizó por la compra de materiales para la construcción de vivienda de interés social fueron efectuados por la actora, como mandante. En consecuencia, y sólo por la calidad en la que actuó el consorcio, se concluye que la constructora la Vivienda tiene derecho a la devolución del IVA que aquél pagó en la mencionada operación económica, respecto de las transacciones respaldadas en facturas efectivamente aportadas al proceso, con el lleno de los requisitos establecidos en los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario, de acuerdo con lo exigido por el Decreto 1288 de 1996 (art. 5, lits. c y d), cuyo alcance ya fue estudiado en esta providencia.

[Sentencia de 16 de septiembre de 2010. Exp. 130011-23-31-000-1999-90004-01 \(16605\) MP. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

SECCIÓN QUINTA

1) Se niega nulidad de elección de gobernador de Arauca: comisiones escrutadoras están facultadas para recontar votos escrutados por jurados de votación

La Sección Quinta confirmó el fallo del Tribunal Administrativo de Arauca que negó la nulidad del acto que declaró la elección de Luis Eduardo Ataya Arias como gobernador de ese departamento.

En efecto, la Sala desestimó la acusación del actor contra el acto demandado que consistió, básicamente, en la falta de competencia de la comisión escrutadora zonal para realizar el recuento oficioso de los votos escrutados por los jurados de votación de la mesa cuestionada.

El fallo de segunda instancia estudió las competencias de las autoridades electorales y en especial el alcance de la facultad para recontar votos de oficio y, en lo que atañe al caso concreto, advirtió que la comisión escrutadora zonal efectuó válidamente y de oficio el recuento de votos ante la duda sobre el escrutinio por parte de los jurados de votación de 66 votos que favorecían al candidato del partido Cambio Radical.

Así se pronunció la Sala:

a) Principios de preclusión y de eventualidad: Finalidad. Preclusión administrativa y judicial: Concepto

“Conceptualmente entendido también como principio de la eventualidad, cuya finalidad es dar firmeza a los actos de que se trate pero ante todo impartir al proceso un orden riguroso, al punto que parte de la doctrina apoda a cada una de esas etapas estrictas “compartimientos estancos”, toda vez que imponen a las partes y al juez el ejercicio de una actividad para que ella tenga valor, es decir, clausura y cierra la posibilidad de actuar cuando no se ejerce dentro del período determinado. La Sala considera pertinente observar el entendimiento que sobre la preclusión ha tenido la Corte Suprema de Justicia si bien con respecto a los procesos judiciales, aplicable en su trasfondo y generalidades al asunto materia de este proceso. En efecto, la preclusión administrativa -o judicial- es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, y resulta por regla general en los siguientes eventos: a) por no haberse acatado el orden u oportunidad preestablecido por la ley para la ejecución de una conducta procesal; b) por realizarse una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido en etapa anterior esa facultad. La primera tiene ocurrencia cuando la conducta se ejerce por fuera de los términos de ley. Así, el no apelar o reclamar dentro del término legal, conduce a la extinción de esa facultad, queda así clausurada la etapa procesal respectiva. El segundo evento corresponde a lo que se denomina el principio de eventualidad. O sea, en el caso de proposiciones excluyentes, in eventum, de que una de ellas se deniegue, debe darse entonces entrada a la subsiguiente: al recurso de reposición se le acumula el subsidiario de apelación; al primero se le acumula en algunos casos el de queja. El tercer caso de preclusión alude a la consumación de una actuación que la ley limita en su ejercicio a una sola vez.”

b) Competencias de las autoridades electorales en el trámite administrativo electoral. Estructura jerárquica. Preclusión de las etapas del trámite administrativo electoral

“En el desarrollo del proceso administrativo electoral son varias las autoridades que en él intervienen dependiendo del cargo o corporación de que se trate, pero ante todo con una total preponderancia de si se está frente a una elección local, seccional o nacional. Por otra parte, la mayoría de las autoridades escrutadoras ejercen un doble papel, el primero, responde a la facultad que tienen para contar los votos, verificar y consolidar los resultados que a su vez conlleva la función de declarar la elección y otorgar la credencial a los elegidos; el segundo papel, está dado por la competencia de ejercer como segunda instancia frente a quien jerárquicamente en materia electoral es su “a quo”. El Código Electoral, que aunque de por sí presenta en forma disgregada la asignación de las competencias en materia de escrutinios, no impide que se determine a quién, ab initio, corresponde la función de escrutar y a quién le corresponde el poder jerárquico y funcional sobre esa primera autoridad escrutadora para efectos de decidir sobre los cuestionamientos contra las decisiones por ella adoptadas. Una lectura detenida del Código Electoral da cuenta de que en la base se ubican los jurados de votación, luego la Comisión Escrutadora Auxiliar, cuya existencia depende de si el territorio electoral a escrutar, entiéndase distrito o municipio, ha requerido la división en zonas, a fin de facilitar las inscripciones, votaciones y escrutinios (art. 79 C.E.) y esa es la razón por la cual no siempre se escucha hablar de ellas. Enseguida y como superior jerárquico de esas escrutadoras

auxiliares aparecen las Comisiones Escrutadoras Distritales o Municipales y sobre éstas la jerarquía se predica de las Comisiones Departamentales -conformadas por los Delegados del Consejo Nacional Electoral- cuya instancia superior recae en la máxima autoridad electoral, esto es, el Consejo Nacional Electoral. Dentro de ese doble papel de autoridad escrutadora y de autoridad jerárquicamente funcional es claro que algunos hechos constitutivos de alegación, bien sea por vía de la reclamación o de la apelación, deben estar claramente delimitados a fin de no mezclar las competencias que se derivan del ejercicio de ese doble papel, toda vez que en algunos eventos la ley le ha otorgado a la autoridad escrutadora electoral, sin importar su nivel, el imperium suficiente y exclusivo para resolver y predicar de su decisión la firmeza y la ejecutividad necesarias, sin que la autoridad que es superior para otros temas pueda tener injerencia en ella. Por lo anterior, la consagración de normas como el último inciso del artículo 164 del Código Electoral cuando se refiere a que verificado el recuento de votos por la comisión escrutadora “no procederá otro alguno sobre la misma mesa de votación”; o la orden legal impartida por el artículo 166 a las comisiones escrutadoras distritales o municipales de conocer y decidir las apelaciones contra las decisiones de sus homólogas auxiliares o los desacuerdos y a su vez efectuar el escrutinio general de votos emitidos en el distrito o municipio y resolver las reclamaciones que le propongan frente a sus propios escrutinios dan cuenta de su competencia restringida frente a la Comisión Auxiliar que permite predicar la aplicación de la preclusión en las etapas administrativas electorales, siempre que la competencia asignada sea de aquellas privativas de la respectiva Comisión. Con base en lo anterior la Sala afirma sin hesitación alguna que la preclusión o cierre de las actuaciones administrativas electorales de cada una de las autoridades escrutadoras debe ser vista según cada caso, a fin de no teorizar en forma tal que lejos de proteger el sistema electoral en pro de la democracia y del respeto a una de las manifestaciones más directas del derecho político como es el derecho a elegir y ser elegido, se convierta en un obstáculo infranqueable.”

c) Recuento oficioso de votos: Concepto. Evolución jurisprudencial

“El recuento de votos implica que la autoridad electoral escrutadora facultada legalmente para ello tiene la posibilidad de verificar la contabilización hecha ab initio a fin de dar transparencia y efectividad a la voluntad electoral. Observada la jurisprudencia la Sala encuentra que en materia de recuento de votos y el ejercicio oficioso de esa actividad son dos las etapas demarcadas antes y después de la sentencia de 22 de marzo de 2007 en la cual se decidió la demanda acumulada de nulidad electoral de los Representantes a la Cámara por el Departamento de Cundinamarca. En efecto, en la etapa que antecedió a esta sentencia la hermenéutica sobre el recuento de votos oficioso se le dio un carácter restringido y estricto, bajo una interpretación exegética de las normas. En sentencia de 20 de marzo de 2003 se advirtió en forma expresa que la facultad oficiosa para el recuento de votos sólo procedía en los eventos de tachaduras, enmendaduras o borrones en las actas de escrutinio y que en el evento ‘en que no se adviertan irregularidades, ni las personas autorizadas para solicitar reclamaciones lo hagan en la oportunidad debida, el escrutinio de las Comisiones Escrutadoras deberá efectuarse con base en los registros de escrutinio de los jurados de votación’. (...) Posteriormente, en providencia de 14 de diciembre de 2005 se consideró que el escrutinio general que efectúa la Comisión Escrutadora Departamental se fundamenta en el escrutinio realizado por las Comisiones Escrutadoras Municipales o Distritales, pero, con base en el artículo 182 del Código Electoral, se mencionó que como medida excepcional las Comisiones Escrutadoras Departamentales pueden realizar el recuento físico de los votos ante la negativa de hacerlo de la comisión municipal o distrital o porque las Escrutadoras Departamentales lo hallaren fundado previa apelación de la decisión. No obstante, en algunos de sus pronunciamientos, la Sala morigeró un poco la posición estricta en algunas de sus providencias. Así, en sentencia de 29 de junio de 2001 se aludió a los errores de los jurados de votación en el conteo de votos y la posibilidad de correcciones por parte de las comisiones escrutadoras, más allá de los eventos de tachaduras, enmendaduras o borrones, ante la invocación de los principios de contenido superior que regentan el proceso electoral como lo es la transparencia (num. 1, art. 1 del C.E) que obliga a que las comisiones escrutadoras corrijan las inconsistencias o yerros de los jurados de votación pero dejen anotación expresa del cambio. En sentencia de 6 de mayo de 2005 al referirse a la carga de la prueba de la

falsedad para atacar el recuento de votos cuando se hubieren modificado los resultados diferenció entre qué pasaba ante la existencia de explicación del cambio por recuento de votos o por reclamación o cuando esa explicación no existiera; lo que evidencia que existe el recuento de votos que no se deriva de la reclamación y que se da incluso eventos en que la modificación responde a actos diferentes del recuento de votos. (...) El cambio jurisprudencial aparece con la sentencia ya mencionada proferida por la Sala el 22 de marzo de 2007, en el entendido de que las disposiciones del Código Electoral deben ser adaptadas en su interpretación al Acto Legislativo 01 de 2003 porque éste superó los supuestos de hecho consagrados en el Código Electoral del año de 1986, así figuras como el voto preferente, el umbral o la cifra repartidora evidencian que los hechos constitutivos de recuento derivados de tachaduras, borroneos o enmendaduras, por el cambio de las circunstancias reguladas en la Reforma Política de 2003, pasaron a ser un enunciado ejemplarizador pero no taxativo ni limitante ante la realidad del nuevo sistema electoral, argumentos que en esta oportunidad prohija la Sala en su esencia y en su concepto filosófico son aplicables a los cargos de elección unipersonal si tiene en cuenta que en efecto el tiempo transcurrido entre 1986 hasta nuestros días ha traído al mundo jurídico electoral avances que sobrepasan a la realidad fáctica de ese antaño.”

d) Características del recuento oficioso de votos

“a) El recuento oficioso de la votación no es per se irregular, ni vicia ipso jure el acto de elección porque está permitido por el legislador. b) La aplicación armónica y coordinada de los principios y el objeto del Código Electoral con la nueva normativa constitucional y legal propende por el exacto reflejo de la voluntad del electorado y por la adaptación de las normas de 1986 a las consagradas en las dos reformas políticas constitucionales. c) La responsabilidad de la exactitud en los resultados electorales es propia de las comisiones escrutadoras y no sólo de los candidatos, sus apoderados o de los testigos electorales. d) Si la comisión escrutadora al revisar las actas de escrutinio de los jurados de votación evidencia que hay irregularidades en el escrutinio debe proceder al recuento para depurar los resultados electorales so pena de que el resultado no sea el reflejo exacto de la voluntad del electorado. e) No obstante, debe tenerse en cuenta que el recuento es restrictivo orgánicamente porque está asignado a unas pocas autoridades electorales. f) Finalmente, la carga de la prueba de la falsedad de los registros resultantes del recuento está a cargo de quien los demanda.”

e) Competencia de las comisiones escrutadoras para recontar votos escrutados por los jurados de votación y modificar el resultado

“Las comisiones escrutadoras tienen competencia para recontar los votos que escrutaron los jurados de votación e incluso modificar el resultado, por ello ha sido reiterada por la jurisprudencia - explicada al inicio- que es al demandante a quien corresponde la carga de probar que los votos recontados son falsos o apócrifos o que la comisión escrutadora extralimitó el ámbito de sus competencias regladas en materia del recuento, situaciones que no se probaron por los demandantes porque no tuvieron en cuenta la especial situación del caso en estudio.”

f) Diferencias entre comisiones escrutadoras y jurados de votación en cuanto a autoridades nominadoras y facultades en escrutinios

“La diferencia entre esas autoridades electorales -jurados de votación y comisiones escrutadoras- se fundamenta tanto en la autoridad nominadora como en las competencias que ejercen, toda vez que los jurados de votación son designados y reemplazados, mediante resolución, por los registradores municipales y distritales y, en el exterior, por el funcionario diplomático o consular de mayor categoría; mientras que los miembros de las comisiones distritales, municipales y auxiliares son designados por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. En materia de competencias los jurados de votación efectúan el escrutinio de la mesa y conocen exclusivamente de la reclamación especial de recuento de votos; por su parte las comisiones escrutadoras tienen un ámbito más amplio en el

ejercicio de sus funciones, porque además de computar votos, resuelven las reclamaciones presentadas ante los jurados de votación y aquellas que les pongan en conocimiento por primera vez, deciden las apelaciones contra las decisiones de su inferior funcional o los desacuerdos entre los miembros de éste, declaran la elección y entregan las credenciales respectivas.”

[Sentencia de 23 de septiembre de 2010, Exp. 07001-23-31-000-2009-00034-01. MP. MAURICIO TORRES CUERVO](#)

2) En la demanda electoral pueden formularse pretensiones adicionales a la nulidad del acto de elección

Así lo precisó la Sección Quinta en auto que revocó el rechazo de la demanda dispuesto por la Consejera ponente del proceso, quien sostuvo en el auto recurrido que la acción electoral era improcedente cuando uno de los candidatos elegidos la ejercía contra candidatos no elegidos para que se le sumaran votos que supuestamente fueron depositados a su favor, pues en este escenario la acción albergaría un interés subjetivo propio de un proceso de restablecimiento del derecho.

La Sala, por su parte, con fundamento en los artículos 143, 227, 229 y 247 del C.C.A., consideró que la demanda electoral puede contener pretensiones adicionales a la nulidad del acto de elección, como la rectificación, modificación o adición de los resultados electorales y la realización de nuevos escrutinios, en la forma en que lo pretendía el actor en el caso concreto:

“Para determinar si se admite o no una demanda electoral, es preciso que el operador jurídico la someta a un control formal, de cara a las normas especiales que regulan ese tipo de acciones, así como a las normas generales que anteceden al artículo 143 en cita y que fijan ciertas pautas que configuran correctamente la aptitud formal de la demanda. Esta aseveración surge de la disposición anterior en tanto prescribe que su inadmisión procederá siempre y cuando carezca de los requisitos y formalidades indicados en los artículos anteriores, así como al decir que el ponente deberá exponer los defectos meramente formales que acuse, todo ello con la finalidad de que el accionante la corrija dentro del término legal, pues si no, la respuesta jurisdiccional correspondiente será rechazarla y ordenar la devolución de los anexos sin necesidad de desglose. (...) De la lectura de la anterior disposición se tiene que, desde la perspectiva formal, el objeto de la demanda electoral o sus pretensiones, estará ajustado a Derecho siempre que se demande el acto administrativo mediante el cual se declara la elección de carácter popular. Sin embargo, dentro del petitum de la demanda también pueden solicitarse otras declaraciones (...) Así, dentro de las pretensiones del proceso electoral, por voto popular, bien puede solicitarse, además de la nulidad del acto administrativo mediante el cual se declara la elección, la nulidad de otras decisiones administrativas adoptadas por las autoridades electorales, a efecto de que el resultado electoral, en cuanto a votos respecta, se rectifique, modifique o adicione, lo que hoy por hoy, y desde que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2009, es más claro gracias a la implementación del requisito de procedibilidad en el párrafo único de su artículo 8º, que hizo obligatorio, para poder ejercer el contencioso electoral, la previa reclamación ante las autoridades electorales de las circunstancias constitutivas de causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio. Y, de otro lado, como es posible intentar el contencioso electoral por la ocurrencia de causales objetivas de nulidad, tales como la falsedad en los registros electorales, es consustancial a dicho proceso solicitar la práctica de nuevos escrutinios para corregir las irregularidades probadas, como así lo prescribe el artículo 247 del C.C.A. (...) Ahora bien, bajo este marco formal no encuentra la Sala que los reparos que se resaltaron en la providencia recurrida, sean de recibo para haber dispuesto el rechazo de la demanda. En primer lugar, porque las pretensiones 1ª, 3ª y 4ª, se encaminan a obtener la nulidad de la Resolución 1675 del 13 de julio de 2010, expedida por el Consejo Nacional Electoral para declarar la elección de Representantes a la Cámara por la circunscripción de Bogotá D.C., para el período 2010-2014, que es precisamente el acto que según el artículo 229 debe ser objeto de esta acción; así como la nulidad de los formularios

E24 de la Comisión Escrutadora Distrital y E26 Cámara de Representantes por Bogotá D.C., que son los registros a corregir por estar contenido en ellos los votos calificados de irregulares por el actor. En segundo lugar, porque la pretensión 2ª busca la nulidad de la Resolución 1652 del 12 de julio de 2010, expedida por el Consejo Nacional Electoral, que según lo afirma el actor se dictó para agotar el requisito de procedibilidad adoptado con el Acto Legislativo 01 de 2009. Y en tercer lugar, porque en la 5ª pretensión, tanto en su versión original, como en la que presentó el apoderado del actor para corregir la demanda, no se pide nada distinto a lo autorizado en el artículo 247 del C.C.A., esto es practicar nuevo escrutinio en el que se incluyan los votos de que da cuenta el artículo 2º de la Resolución 1559 del 8 de julio de 2010, expedida por el Consejo Nacional Electoral.”

[Auto de 7 de octubre de 2010, Exp. 11001-03-28-000-2010-00057-00. MP. MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1) Es viable reconocer el derecho de propiedad privada sobre un yacimiento de hidrocarburos que no esté agotado y que haya sido descubierto antes de la entrada en vigencia de la Ley 20 de 1969, a menos que sea procedente la extinción del dominio a que se refiere el artículo 29 de la ley 685 de 2001

Esa fue la postura expuesta por la Sala en concepto de 2006 cuya reserva fue recientemente levantada de conformidad con el artículo 110 del C.C.A., en respuesta a la consulta formulada por el ministro de Minas y Energía a propósito de las reclamaciones de particulares sobre la propiedad de un predio involucrado en el contrato de asociación “Buganviles”, celebrado entre Ecopetrol y Holywell Resources S.A.

En el concepto la Sala inició por reiterar que sus conceptos no tienen por objeto definir derechos sino orientar a la administración. Luego analizó el marco legal de la propiedad del subsuelo petrolífero y las condiciones para reconocer derechos de propiedad privada.

a) Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil no tienen por objeto definir derechos sino orientar a la administración

“Para iniciar el análisis que se ha solicitado, es preciso reiterar lo que en oportunidades anteriores ha señalado esta Sala respecto de su competencia para pronunciarse sobre consultas de carácter particular, en el sentido que el concepto no tiene como propósito definir derechos pues su función no es jurisdiccional, sino orientar a la administración sobre los criterios que se deben analizar al establecer la situación de los particulares que están reclamando el reconocimiento del derecho de propiedad privada sobre el subsuelo.”

b) Por regla general el derecho de propiedad de hidrocarburos lo tiene el Estado. Reconocimiento de propiedad privada es excepcional. Condiciones para reconocer derechos adquiridos a favor de particulares

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y la doctrina en forma unánime han señalado que por regla general el subsuelo petrolífero pertenece al Estado, cuya titularidad se justifica no sólo por el carácter no renovable de este recurso sino por que éstos hacen parte de la soberanía. La Asamblea General de las Naciones Unidas así lo reconoció desde 1952, al señalar que de acuerdo con el derecho internacional los Estados deben respetar el derecho soberano que cada uno ostenta sobre su riqueza y sus recursos naturales. (...) En este orden, resulta claro, que el reconocimiento de propiedad privada es a todas luces de carácter excepcional para proteger los

derechos adquiridos y perfeccionado conforme a las leyes preexistentes, pues la regla general consagrada en la Constitución de 1886, reiterada en el artículo 332 de nuestra Carta actual y en la legislación a que se ha hecho referencia, es que los recursos naturales no renovables que se encuentren en la superficie o en el subsuelo pertenecen a la Nación. (...) Al amparo de la ley 20 de 1969, interpretada por la ley 97 de 1993 y de la Constitución Política, los derechos adquiridos por particulares en materia de hidrocarburos desde el punto de vista fáctico deben concretarse o estar vinculados a un yacimiento descubierto a más tardar el 22 de diciembre de 1969, pues no basta ser el dueño del suelo para serlo también de los recursos naturales no renovables que se encuentren en la superficie o en el subsuelo. El hallazgo o descubrimiento es, entonces, uno de los presupuestos básicos para establecer la existencia de derechos adquiridos a favor de particulares sobre este tipo de recursos.”

c) Abandono de pozo de petróleo: Concepto. Efectos

“Desde el punto de vista técnico el abandono es la actividad final en la operación de un pozo cuando se cierra permanentemente bajo condiciones de seguridad y de carácter ambiental con miras a evitar que el gas o el petróleo o el agua migren hacia la superficie o fluyan de una formación del subsuelo a otra. (...) El procedimiento de abandono de pozo que está regulado en el decreto 1895 en cita, comprende los eventos en que un explorador que haya perforado un pozo que resulte seco o sobrevengan en dicho proceso problemas mecánicos y aquellos en que por declinación de la producción o agotamiento de las reservas conduzcan al mismo fin. Se describe como el taponamiento del pozo cuya complejidad técnica depende del estado del yacimiento y las características geológicas del mismo, el cual debe efectuarse previo permiso del ingeniero de zona del Ministerio de Minas y Energía, quien supervisará la operación.”

d) Extinción de derechos de propiedad privada sobre subsuelo petrolífero

“En concepto de la Sala, la referencia expresa que el legislador introdujo en el artículo transcrito respecto de los derechos de propiedad privada sobre hidrocarburos reconocidos por la ley 97 de 1993, que interpretó con autoridad la ley 20 de 1969, permite declarar la extinción del derecho que pudo haberse consolidado en virtud de un yacimiento descubierto, cuando esta propiedad no cumpla con la función social en los términos señalados en dicho precepto. (...) De lo expuesto, resulta claro que el fundamento jurídico para extinguir el dominio sobre el yacimiento petrolífero descubierto en los términos de la ley 20 de 1969 y de su ley interpretativa 97 de 1993, es el consagrado en el artículo 29 del actual Código de Minas, por disposición expresa del legislador. Por ende, no es necesario recurrir a la analogía para garantizar la función social de la propiedad sobre este tipo de recursos no renovables y evitar que de manera injustificada se retengan áreas en las cuales el Estado podría estar adelantando actividades de exploración, que de resultar satisfactorias redundarán en beneficios de interés general.”

[Concepto 1775 de 4 de octubre de 2006, Exp. 11001-03-06-000-2006-00092-00. MP: GUSTAVO APONTE SANTOS. Levantada la reserva con Auto de 4 de octubre de 2010.](#)

2) Gobierno Nacional es competente para reglamentar aspectos económicos de las relaciones entre las empresas de transporte y los propietarios de los vehículos que se utilicen en la actividad transportadora de carga

Sobre ese y otros aspectos del servicio público de transporte automotor de carga se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto emitido a petición del ministro de Transporte, cuya reserva fue recientemente levantada de conformidad con el artículo 110 del C.C.A.

Las preguntas del ministro consultante estaban dirigidas a conocer la opinión de la Sala sobre el alcance de la facultad legal del Ministerio de Transporte para regular las relaciones económicas entre

quienes intervienen en la prestación de dicho servicio público, vale decir, el transportador, el remitente y el propietario del vehículo.

Para absolver la consulta, la Sala analizó la naturaleza jurídica de los contratos que celebran los mencionados sujetos y las competencias del Gobierno Nacional y en especial del Ministerio de Transporte para intervenir, reglamentar y regular las relaciones económicas de los mismos.

a) Actividades fundamentales del Estado. Concepto de función pública

“Utilizando una metodología proveniente de la ontología o teoría de los objetos, la doctrina del derecho administrativo ha tratado de consolidar todas las actividades que desarrolla un Estado, cualquiera sea su orientación política o filosófica, en unas cuantas tareas que comprendan la universalidad de lo que en términos de posibilidad político-administrativa puede realizar todo grupo político que sea o pretenda ser identificado como Estado. Dichas actividades se sintetizan así: darse su organización fundamental, regular las relaciones con el mundo exterior (internacional), regular las relaciones de sus súbditos, regular lo relacionado con el patrimonio público, la prestación servicios públicos y el fomento a las actividades de los particulares. Estas tareas se asumen por toda organización estatal, cada una de ellas con mayor o menor intensidad, de acuerdo con las orientaciones socio políticas o la ideología de quienes políticamente asumen en un momento histórico su dirección. Ahora bien, para cumplir cada una de esas tareas el Estado debe agotar un procedimiento, que como todo procedimiento está integrado por etapas, cada una de las cuales constituye lo que se conoce como Función Pública. Así las cosas la función pública se identifica como cada una de las etapas del procedimiento que sigue el Estado para la realización de las diferentes tareas a su cargo, una de las cuales es la prestación de servicios públicos. Obsérvese que conceptualmente se establece con claridad la diferencia entre función pública y servicio público. Desde el punto de vista funcional el Estado se concibe, no por sus estructuras, sino por las funciones que desarrolla para la realización de las tareas o cometidos a su cargo. Puede afirmarse que la principal tarea del Estado, una vez se ha dado su estructura fundamental, es la relacionada con la regulación de conductas, de ahí la importancia de determinar en que consiste ese poder de regulación y como se distingue de la denominada potestad reglamentaria.”

b) Alcance de la función reguladora de la Constitución Política. Respecto de determinados temas la Constitución Política asume papel regulador tradicionalmente reservado a la ley. Ejemplos

“En el derecho constitucional moderno, la Constitución Política es, no sólo un conjunto de principios, valores y derechos, sino que además de manera directa asume en ciertos casos el papel de norma reguladora de conductas, lo que explica en lógica jurídica, que se le identifique como “norma de normas”, es decir, como la disposición a la cual se extiende el papel regulador tradicionalmente reservado a la ley. Hay algunos temas sobre los cuales el poder de regulación de la norma constitucional es tan exhaustivo, que termina por asumir el papel natural de la ley, quedando ésta relegada a un nivel eminentemente reglamentario. Esta función reguladora de la Constitución se observa en algunos de sus disposiciones, como las contenidas en los artículos 126 (prohibición a servidores públicos para nombrar como empleados a personas con las cuales tengan determinados grados de parentesco), 127 incisos 1° y 2° (prohibición a los servidores públicos en materia contractual y a ciertos de ellos para participar en política), 129 (prohibición a los servidores públicos para aceptar cargos, honores o recompensas), 172 (calidades para ser elegido senador), 177 (calidades para se elegido representante a la cámara), 207 (calidades para ser ministro o jefe de departamento administrativo) y muchas más. En estos casos ni siquiera puede afirmarse que el legislador tenga un poder de regulación derivado, puesto que la norma jurídica agota su regulación en el mandato constitucional.”

c) Poder de regulación: Competencia general del Congreso de la República. Atribución a órganos distintos

“Hay otros casos en los cuales definitivamente el poder de regulación normativa recae en el legislador, a quien pertenece por naturaleza esa facultad en relación con las distintas materias de la convivencia social, incluyendo las administrativas, en lo que se denomina la reserva de la ley, que se da cuando el órgano legislativo actúa por expresa atribución constitucional o porque le corresponde ejercer su función en desarrollo de la cláusula general de competencia, como expresión del principio de la representación democrática. En el derecho Colombiano, a diferencia de lo que históricamente ha sucedido en el derecho francés e incluso en el derecho español, la cláusula general de competencia reposa en el legislador, pues no de otra manera ha de entenderse el enunciado del artículo 150 de la C.P. cuando afirma que “corresponde al congreso hacer las leyes”, lo que significa que además de las atribuciones que expresamente otorga dicho artículo, al órgano legislativo corresponde el papel de regular todos los aspectos de la vida ciudadana, salvo aquellos que constitucionalmente le estén expresamente prohibidos o que dentro de las reglas de asignación de competencias, el constituyente haya atribuido a otro órgano. (...) Pero hay otros casos en que el poder de regulación lo tienen autoridades de distinto rango, que lo ejercen, bien porque la Constitución directamente les otorgue ese poder o porque el propio legislador dentro del marco constitucional, defiere dicha atribución en órganos diferentes. La Constitución Nacional de manera directa atribuye competencias de regulación a órganos diferentes al legislador, como sucede por ejemplo con las atribuciones que se otorgan al Gobierno en el marco del artículo 150 numeral 19 o las asignadas a otros órganos en los artículos 77 (Comisión Nacional de Televisión), 257 (Consejo Superior de la Judicatura), 268 (Contralor General de la República), 300 (Asambleas departamentales), 313 (Concejos Municipales), 354 (Contador General), 371 (Junta Directiva del Banco de la República) etc. Incluso de manera indirecta, pero con el mismo efecto normativo, el legislador ha utilizando las facultades que le otorga el artículo 150 numeral 23 para “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”, con el fin de crear distintos organismos con capacidad para expedir normas reguladoras de ciertas actividades, como el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), el Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS), las Comisiones de Regulación, la Comisión Nacional de Regalías y muchos otros, que aunque algunos inicialmente fueron concebidos como órganos meramente consultivos y de apoyo, la jurisprudencia ha reconocido que el legislador al crearlos puede atribuirles competencias de regulación en los campos propios de su objeto. (...) La atribución de facultades de regulación a autoridades diferentes al órgano legislativo, se explica siempre y cuando se entienda que, en aquellas materias que no son de exclusiva reserva legal, el texto Constitucional efectúa un desplazamiento sucesivo de dicho poder, el cual pertenece inicialmente a la órbita constitucional y por disposición de la Carta al legislador, pudiendo, por norma constitucional o legal, desplazarse hacia diferentes órganos, sin que los titulares originarios pierdan dicha atribución, la cual pueden ejercer en el momento que consideren oportuno y necesario.”

d) Potestad reglamentaria corresponde al presidente de la República; ejercicio por órganos distintos al presidente de la República: Posturas en la jurisprudencia constitucional. Potestad reglamentaria es distinta a poder de regulación

“Constitucionalmente la potestad reglamentaria pertenece al Presidente de la República (Artículo 189 (11) Superior), quien como Jefe de Gobierno la ejerce mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes; actos que de acuerdo con lo previsto en el artículo 115 Superior, revisten una forma especial, en la medida en que deben contar con la firma del Ministro o Director de Departamento Administrativo respectivo, quienes por ese hecho se hacen responsables. (...) Cabe entonces preguntarse ¿Puede el legislador atribuir potestad reglamentaria a autoridades administrativas distintas al Presidente de la República? Este interrogante no ha encontrado una respuesta pacífica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, fundamentalmente porque en ocasiones el órgano de control constitucional equipara el concepto constitucional de reglamentación tal como se enuncia en el artículo 189 (11), con la facultad de regulación, que aunque pertenece

naturalmente a la reserva de ley, puede ser ejercida por otras autoridades previa asignación constitucional o legal. (...) No obstante lo expuesto, según lo cual la titularidad de la potestad reglamentaria en cabeza del Gobierno no se opone a que por Constitución o por ley, otros órganos inferiores tengan poder de regulación; el alto grado de confusión sobre el tema ha hecho que en algunas sentencias la Corte Constitucional sostenga que la potestad reglamentaria no es exclusiva del Presidente y puede ser ejercida por otras autoridades administrativas en forma residual, subsidiaria y condicionada (desarrollo de la expresión “Gobierno a través de x entidad”), concluyendo que en la estructura constitucional actual es viable atribuir facultad reglamentaria a entidades y órganos que no constituyan Gobierno en sentido estricto. (Art. 115 C.P.), quienes en virtud de esa potestad, afirma la Corte, cuentan con la facultad para expedir actos administrativos generales y de carácter reglamentario. (...) En medio de esta confusión conceptual, la Sala acoge el aporte jurisprudencial contenido en las sentencias de la Corte Constitucional C066 de 1.999 y C-085 de 2.001, en virtud de las cuales la potestad reglamentaria, constitucionalmente atribuida al Presidente de la República, debe distinguirse de la facultad que pueden tener los Ministros para regular aspectos de carácter operativo o técnico que se relacionen con el sector administrativo bajo su dirección.”

e) Contrato de transporte: Concepto. Contrato de transporte de cosas: Objeto y partes

“El Código de Comercio define en el título IV el contrato de transporte como aquel por el cual el transportador se obliga para con el remitente, “a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas, y entregar éstas al destinatario”. En concordancia con lo anterior, el capítulo III del mismo título, al regular el contrato de transporte de cosas, determina que éste tiene por objeto el transporte mercancías o cosas de un lugar a otro en vehículos a través de la infraestructura vial, a cambio de un precio, denominado en lenguaje mercantil porte o flete, bien sea acordado, o el “correspondiente a la tarifa fijada oficialmente”. Según el artículo 1008 íbidem, las partes en el contrato de transporte de cosas son, como lo señaló esta Sala en el concepto 1240 de 1999, el transportador que se obliga a recibir, conducir y entregar las mercancías objeto del contrato y el remitente. También ‘hará parte el destinatario cuando acepte el respectivo contrato’”

f) Servicio de transporte automotor de carga: Modalidades. Contrato. Obligaciones

“El decreto reglamentario 173 de 2001, expedido en desarrollo de la ley 226 de 1.996, por el cual se reglamenta el servicio público de transporte automotor de carga en el territorio nacional, clasifica el servicio de transporte automotor de carga en: a) Público: aquel destinado a satisfacer necesidades generales de movilización de personas o bienes de un lugar a otro en forma regular y continua a cambio de una remuneración o un precio, bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en esta modalidad; y, b) Privado: el destinado a satisfacer necesidades dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales o jurídicas. Dado que el problema jurídico planteado en la consulta gira en torno al transporte público terrestre automotor de carga, es en esta categoría en la que se centralizará el análisis. El contrato de transporte público automotor de carga, como fuente de obligaciones entre las partes, comprende las que consensualmente éstas pacten, y concretamente, en materia económica, la obligación de pagar el precio o flete y los demás gastos que ocasione la cosa, con motivo de su conducción o hasta el momento de su entrega -artículo 1009 del Código de Comercio-. Encuentra la Sala que el contrato de transporte público automotor en cualquiera de sus modalidades, es un contrato de derecho privado, no sólo porque se encuentra regulado en el Código de Comercio, sino porque la actividad de transporte que desarrollan las empresas habilitadas para el efecto es considerada por éste estatuto como de carácter mercantil (artículo 20 numeral 11 del CCO.) y las partes son particulares, calidad que no se modifica por tratarse del servicio público de transporte.”

g) Servicio público de transporte automotor de carga: Contrato de vinculación de equipos: Objeto. Función. Características

“De acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, las empresas de transporte habilitadas para el servicio público de transporte automotor en la modalidad de carga pueden prestar sus servicios con equipos de su propiedad o de terceros. Cuando se utilicen equipos de terceros, la ley mercantil consagra un tipo de contrato denominado “de vinculación” (...) Nótese que este decreto (173 de 2001) definió el contrato de vinculación y previó que las modalidades como ella podía acreditarse, eran el arrendamiento, la administración o la afiliación de equipos. (...) Observa la Sala, que si bien en este reglamento no se define propiamente el contrato de vinculación, si establece claramente su objeto y función, la cual consiste en incorporar un vehículo a una empresa de transporte para la prestación del servicio. Así mismo, el decreto prevé la celebración del contrato de vinculación cuando la empresa no sea propietaria, pero no tipifica las características de esta clase de contrato o un contenido prestacional específico, haciendo apenas mención a elementos propios de toda relación jurídica bilateral como son las obligaciones, derechos y procedimientos mínimos que deben estipularse. Por lo tanto, la clase de vinculación y los demás elementos y prestaciones concretas, han de determinarse en cada caso por las partes que lo celebran, en armonía con el régimen de derecho privado que le sea aplicable y a la autonomía de la voluntad de los contratantes. Lo anterior lleva a la Sala a concluir que es procedente todo contrato privado que cumpla con las características generales contenidas en el reglamento y que no desconozca las normas de derecho público que regulan la actividad transportadora, en consonancia con el principio según el cual “lo que no está prohibido, está permitido”. Esta conclusión permite reconocer una amplia gama de modalidades contractuales, que satisfacen la función de incorporación de los equipos al parque automotor prevista en la ley. En este orden de ideas, puede afirmarse que en las formas de vinculación que admite el ordenamiento legal y reglamentario del transporte, caben todos aquellos contratos previstos en las legislaciones civil, comercial, financiera, de transporte etc., entre las cuales son de usual utilización las siguientes modalidades: -contrato de vinculación con administración; -contrato de vinculación sin administración; -contrato de arrendamiento simple; -contrato de leasing o arrendamiento financiero, esto es, con opción de compra; -contrato de arrendamiento operativo o renting; es decir, sin opción de compra; -contratos atípicos que prevean la tenencia, posesión o disposición de uso del vehículo en cabeza de la empresa transportadora”. (...) A la luz del marco normativo anterior y de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, es viable afirmar que el contrato de vinculación -u otro de características similares-, celebrado entre las empresas de transporte público automotor de carga y los propietarios de los vehículos, tiene las siguientes características: a) Es un contrato de derecho privado, regulado por el Código de Comercio, que se suscribe entre un comerciante -la empresa de transporte- y el propietario del vehículo. B) Goza de autonomía e independencia respecto del contrato de transporte, pues se celebra entre partes distintas y con diferente objeto, aunque es indudable su nexo con la actividad transportadora por su relación de medio a fin, y es por ello que el Estado puede intervenir y regular las relaciones que se deriven de este contrato.”

h) Justificación de la intervención del Estado en el sector del transporte

“La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre el fundamento constitucional de la intervención del Estado en el sector del transporte, ha señalado que ésta se justifica en tanto: -Es una actividad económica que juega un papel muy importante en el desarrollo social y económico del país. La realización de las actividades económicas y el intercambio de mercancías sólo son posibles si existen medios idóneos de transporte, que permitan que los sujetos económicos y los distintos bienes puedan desplazarse de un lugar a otro. -Involucra intereses y derechos de la colectividad que superan los propios del transportador. -El transporte público es un servicio que debe prestarse en forma permanente, regular, continua y segura, por cuanto resulta indispensable para el desarrollo de las demás actividades de los usuarios, tanto si se trata del desplazamiento de mercancías de un lugar a otro, como del transporte de pasajeros. -La operación del transporte público está bajo la regulación, el control y la vigilancia del Estado, con el fin de garantizar el derecho de acceso que tienen los usuarios y, su prestación adecuada en condiciones de calidad y seguridad. -En defensa del interés

común, aunque la actividad que realizan las empresas transportadoras está comprendida dentro de la libertad económica y la libre iniciativa privada, puede ser objeto de restricciones por mandato de la ley, siempre que sean razonables y proporcionadas. -La intervención del Estado en la economía se justifica como mecanismo para asegurar el adecuado funcionamiento del mercado y corregir las llamadas "fallas" del mismo."

i) Contrato de transporte: Regulación de relaciones económicas. Intervención del Estado / Contrato de vinculación de equipos automotores de carga: Regulación de relaciones económicas. Intervención del Estado / Contrato de transporte público automotor de carga: Facultad del Ministerio de Transporte de establecer criterios para fijación de tarifas no es potestad reglamentaria sino facultad de regulación

"El legislador estableció un esquema distinto de intervención en cada uno de estos contratos. En efecto, mientras que con respecto a los diferentes modos de transporte, los artículos 29 y 30 de la ley 336 atribuyen al "Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte" la competencia para la formulación de la política para la fijación de tarifas ; en el segundo caso, la ley faculta directamente al "Gobierno Nacional" para expedir los reglamentos necesarios para armonizar las relaciones entre quienes intervienen en la industria del transporte, incluyendo, en concepto de la Sala, la formulación de la política en materia de tarifas aplicable a los contratos para vinculación de equipos, en la medida en que éstos contratos están intrínsecamente relacionados con la actividad del transporte y por tanto hacen parte del régimen de competencia del mismo. (...) Si bien es cierto, como lo explicó en extenso la Corte Constitucional en la sentencia C-150 de 2003, al analizar el papel de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios, que el término regulación es amplio y cubre diferentes modalidades de intervención (legal y administrativa), también lo es, que la fijación de la política en materia de tarifas en los diferentes modos de transporte, desde el punto de vista material, no está en estricto sentido reglamentando la ley, sino regulando económicamente el mercado, sobre la base de los estudios de costos que el Ministerio de Transporte realice para establecer la tarifa aplicable. Es más una facultad de regulación que el ejercicio de una potestad reglamentaria. (...) La interpretación armónica de las disposiciones de orden constitucional en materia de intervención del Estado en los servicios públicos, permiten concluir que el Ministerio de Transporte es el órgano competente para fijar la política de precios en los diferentes modos de transporte, determinando el grado de intensidad de su intervención, de acuerdo con las necesidades y dinámica del sector, lo que lo lleva a fijar criterios para la fijación directa, controlada o libre de las tarifas. En efecto, el legislador al señalar que el Gobierno Nacional actuará en esta materia a través del ministerio del ramo, faculta al Ministro para expedir actos administrativos que desarrollen la política de precios del sector. Lo anterior opera sin perjuicio de la subordinación a los decretos que el Presidente de la República expida en ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia. En consecuencia, resulta claro que aunque la redacción del artículo 29 de la ley 336 de 1996, es defectuosa desde el punto de vista semántico, al señalar que el gobierno a través del Ministerio fija los criterios a tener en cuenta por la directa, controlada o libre destinación de tarifas, resulta claro que dentro de su facultad de regulación, el Ministerio cumple esa función y por tanto no cabe duda que el Ministerio de Transporte es competente para fijar las tarifas básicas a las que se deben sujetar la empresa transportadora u operadora y el generador de carga o remitente al celebrar el respectivo contrato de transporte de carga."

j) Reglamentación del Gobierno Nacional de aspectos económicos de las relaciones entre las partes intervinientes en el servicio público de transporte automotor de carga

"Al ser el transporte una industria y constituir el operador, sus equipos e infraestructura una unidad de explotación económica de carga, la relación contractual que se establece entre las empresas transportadoras y los propietarios, poseedores o tenedores de los vehículos está intrínsecamente vinculada con el servicio público de transporte de carga, razón por la cual el Estado se encuentra facultado para intervenir y regular las relaciones económicas que surjan entre las partes del mismo,

en los precisos términos de los artículos 2º de la ley 105 de 1993 y 65 de la ley 336 de 1996 (...) La Sala considera que, como se esbozó en la primera parte de este concepto, debe distinguirse entre la facultad otorgada al Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte en los artículos 29 y 30 de la ley 336 de 1996, que no busca en estricto sentido reglamentar la ley, sino establecer la política del gobierno en materia de precios de los diferentes modos de transporte; y la asignada de manera privativa en el artículo 65 ibídem al “Gobierno Nacional” para intervenir, a través de reglamentos en las relaciones vinculadas al servicio de transporte, facultad que incluye la de fijar la política de precios para el contrato de vinculación, pues del contenido material de la competencia atribuida en el artículo 65 al “Gobierno Nacional”, se deduce que éste puede reglamentar todos los aspectos de las relaciones entre los distintos elementos vinculados a la industria del transporte que puedan afectar el equilibrio del mercado y la sana competencia. Al identificar el contrato de vinculación y los demás de similar naturaleza, como instrumentos claramente relacionados con la actividad del transporte, puesto que los vehículos son el instrumento para la efectiva prestación del servicio y el costo de operación uno de los elementos fundamentales para guiar y organizar la actividad económica del transporte, es claro que el fundamento jurídico de los actos que se expidan con base en dicha facultad se encuentra en el artículo 65, por ende, la competencia en esta materia es del Gobierno Nacional y no del Ministerio de Transporte.”

[Concepto 1735 de 7 de septiembre de 2006, Exp. 11001-03-06-000-2006-00034-00. MP: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Levantada la reserva con Auto de 30 de septiembre de 2010.](#)

3) Título honoris causa no reemplaza título profesional o académico para ocupar cargo público

Así respondió la Sala a la pregunta del Departamento Administrativo de la Función Pública, con base en los siguientes argumentos:

a) Derecho fundamental a ocupar cargos públicos está válidamente limitado por la exigencia de requisitos

“El derecho de los ciudadanos de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, no es incompatible con la exigencia de requisitos para acceder a ellos.”

b) Principios de la función pública. Elementos sustantivos de los procesos de selección de personal

“La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, adopta como ejes centrales de la función pública el mérito y la profesionalización de los servidores del Estado. En tal sentido, establece: - Que la función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad. - Que el criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. - Que el objetivo de las normas de la función pública es la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, uno de cuyos tres criterios básicos es ‘a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos’”

c) Condiciones de acceso a la función pública. Exigencia de requisitos para ocupar cargos públicos. Justificación de la exigencia de títulos profesionales o académicos

“Para acceder a la función pública, las personas deberán acreditar los requisitos exigidos para el respectivo cargo, sin los cuales no podrá hacerse su posesión. En el caso de estudios y formación

profesional, deberá acreditarse la posesión de los títulos exigidos en cada caso, expedidos por las instituciones educativas habilitadas para ello. Todo lo anterior, en el contexto de la profesionalización de la función pública, significa que la exigencia de títulos académicos está directamente relacionada con el conocimiento de un saber que habilita a quien lo tiene para asumir las responsabilidades inherentes al ejercicio de una tarea pública, especialmente en determinados niveles de la Administración, en los que se asumen funciones de especial importancia para la sociedad. Ya sea en la construcción de obras, prestación de servicios, administración de recursos públicos, planeación, gestión de personal, etc., la acreditación del título profesional en los casos en que se exija, permite al Estado tener la certeza de que quienes ejercerán esa función, tienen competencias académicas suficientes para ello, con las cuales se garantizan niveles mínimos de atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.”

d) Educación superior: Concepto. Programas de pregrado: Concepto

“La Ley 30 de 1992, por la cual se organiza el servicio público educación superior, señala que la educación superior es un proceso permanente que posibilita el desarrollo de las potencialidades del ser humano de una manera integral, se realiza con posterioridad a la educación media o secundaria y tiene por objeto el pleno desarrollo de los alumnos y su formación académica o profesional. La Ley 30 de 1992 también se refiere a los programas de pregrado, como aquéllos que preparan a las personas para el ejercicio de una profesión o disciplina.”

e) Elementos esenciales del título académico o profesional. Título honoris causa no equivale a título profesional o académico para efectos de acceder a cargos públicos

“Los elementos esenciales del ‘título’ profesional son: (i) el reconocimiento expreso de carácter académico; (ii) obtenido a la culminación de un programa; y (iii) que es resultado de haber adquirido un saber determinado. Supone entonces la superación de diferentes pruebas que permiten llegar a ese nivel educativo y, en ese sentido, las Instituciones de Educación Superior, actúan como colaboradores del Estado en la formación de personas capacitadas para el desarrollo de actividades que demandan títulos de idoneidad. 8. Por tanto, cuando las normas de la función pública exigen un título profesional, están haciendo referencia a aquél que, conforme a la Ley 30 de 1992, cumple esas condiciones de acreditar la culminación de un programa académico profesional y, por ende, la adquisición de un saber determinado habilitante para ejercer una determinada profesión. Los títulos honoris causa no tienen esas características. Se han desarrollado al amparo de la autonomía universitaria pero con fines diferentes a los señalados en la ley. Como su nombre lo indica no tienen su causa en la adquisición de un saber a la culminación de un programa académico y previa la superación de las pruebas exigidas para cada caso, sino en un ‘honor’ que se hace a determinadas personas por diversas razones como el agradecimiento, el reconocimiento de sus valores, los aportes hechos a la sociedad, sus vínculos con la institución educativa, etc. En ese sentido, cuando una institución de educación superior concede tales títulos honoríficos, no lo hace en el contexto de la Ley 30 de 1992, esto es, en el marco de su actividad educativa y como reconocimiento de la culminación de un programa académico, sino como expresión de su autonomía administrativa. Su valor, por tanto, no llega a ser sustitutivo o equivalente de aquéllos que se otorgan de conformidad con el artículo 24 de dicha ley, los cuales, según se explicó anteriormente, son los exigidos para el acceso a determinados cargos de la Administración Pública.”

[Concepto 2036 de 23 de septiembre de 2010, Exp. 11001-03-06-000-2010-00100-00. MP. WILLIAM ZAMBRANO CETINA](#)

4) SENA debe solicitar y obtener del Ministerio de Educación Nacional el registro calificado de los programas de educación superior que ofrece

La ministra de Educación Nacional preguntó a la Sala sobre la aplicación al SENA de la Ley 1188 de 2008, en cuanto al registro calificado de los programas académicos de educación superior que ofrece.

Previo análisis de las normas aplicables, la Sala concluyó que el SENA, pese a no ser considerada por el ordenamiento jurídico como una institución de educación superior, está obligada a solicitar y obtener del Ministerio de Educación Nacional el mencionado registro.

“1. La deficiente redacción de los artículos 1 y 2 de la ley 1188 de 2008, podría llevar al intérprete a sostener que el registro calificado allí previsto sólo es exigible a las instituciones de educación superior. No obstante, según se ha explicado a lo largo de este concepto, desde la expedición de la ley 30 de 1992 ha sido interés del Estado propender por la calidad de la educación superior, materia que incluye tanto a las instituciones que prestan ese servicio, como a los programas ofrecidos.

2. Estima la Sala que debe buscarse una interpretación ponderada y sistemática de la norma consistente en que si bien el SENA no ha sido considerado como una institución de educación superior, lo cierto es que ofrece programas que la leyes 30 de 1992 y 749 de 2002 consideran como tales, lo que implica la imposibilidad de que estos programas puedan considerarse ajenos a las políticas de calidad en la educación superior previstas por el legislador.

3. Dado que el sistema de registro calificado abarca la evaluación tanto de los programas como aspectos de carácter institucional que la ley, y particularmente el decreto reglamentario 1295 de 2010, ha previsto para las instituciones de educación superior, la Sala estima que debe considerarse especialmente la naturaleza y misión del SENA para aplicarle a esa entidad las condiciones de calidad que le permitan obtener el registro calificado, situación particular que aún no ha sido reglamentada.

4. El Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIES), al cual aluden las leyes 30 de 1992, 1188 de 2008 y el decreto reglamentario 1767 de 2006, reconoce la existencia de otros sistemas de información como sería el previsto en el decreto reglamentario 359 de 2000 para el SENA, ordenando la articulación con los mismos, pero sin que ello implique que tal sistema de información supla el registro calificado de los programas de educación superior ofrecidos por el SENA.

5. Dado que el derecho es una forma de regular la vida social y que la potestad reglamentaria tiene como finalidad establecer los mecanismos para ejecutar la ley con el fin de lograr su cumplimiento, la Sala estima que en el caso del SENA resulta recomendable expedir un decreto reglamentario para concretar las condiciones de calidad tanto de carácter institucional como de los programas de educación superior que ofrece, con el fin de lograr el objetivo de calidad previsto en la ley 1188 de 2008, sin que se altere la prestación del servicio educativo prestado por el SENA.”

[Concepto 2026 de 16 de septiembre de 2006, Exp. 11001-03-06-000-2010-00089-00. MP. ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO. Autorizada su publicación con Oficio 2010EE74863 de 12 de octubre de 2010 del Ministerio de Educación Nacional.](#)

NOTICIAS DESTACADAS

LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL HA ORGANIZADO EL SEMINARIO INTERNACIONAL “INSTITUCIONES JUDICIALES Y DEMOCRACIA”

En el marco de la celebración del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 03 de 1910, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Colombia ha organizado el Seminario Internacional “Instituciones Judiciales y Democracia”, para hacer énfasis en el papel jugado por las instituciones judiciales en el fortalecimiento del Estado de derecho y la consolidación de la democracia.

El Seminario se llevará a cabo los próximos 2,3 y 4 de noviembre en la Biblioteca Luis Ángel Arango de Bogotá.

Para inscripciones y mayor información ingrese a: www.consejodeestado.gov.co

CONSEJO EDITORIAL

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Presidente

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Vicepresidente

Sala de Gobierno

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

Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

Coordinación General

- **Lucía Mazuera Romero**
Secretaria Privada de Presidencia
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

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

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

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