



República de Colombia
Consejo de Estado

Publicación Quincenal

BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

No 23 - Mayo 15 de 2008
BOGOTÁ, COLOMBIA

Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 3
• Sección Primera	3 - 7
• Sección Segunda	7 - 8
• Sección Tercera	8
• Sección Cuarta	8 - 10
• Sección Quinta	10 - 11
• Sala de Consulta	11 - 13
• Noticias Destacadas	13

Noticias destacadas

- [DOCUMENTO DE TRABAJO DE LA COMISIÓN DE REFORMA AL CCA](#)

CONOZCA LOS ELEMENTOS PARA UN NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y PARTICIPE EN EL DEBATE PARA SU CONSTRUCCIÓN

EDITORIAL

En esta oportunidad queremos destacar los importantes avances jurídicos que diariamente se producen en nuestra Corporación, propuestas de avanzada que permiten dar soluciones reales a la problemática que actualmente afecta al país. En este boletín se tratan temas de trascendencia tanto para el mundo jurídico como para la sociedad civil en general; por tanto, los invito a que reflexionen acerca de estos significativos pronunciamientos.

Presentamos nuestra voz de solidaridad a nuestra colega y amiga Dra. Martha Sofía Sanz, por quien formulamos votos para su pronta recuperación y deseo que pronto pueda estar de nuevo con nosotros.

Sea esta la oportunidad para darle una especial bienvenida al Dr. Gerardo Arenas Monsalve, quien desde el pasado 8 de mayo nos acompaña como nuevo Consejero de Estado de la Sección Segunda. Le auguramos éxitos en su labor, convencidos de que su presencia y actividad fortalecerán a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

ENRIQUE GIL BOTERO
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

ACCIONES POPULARES

1. a) LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA COMO GENERO DE LA MORAL POLÍTICA

El adjetivo “administrativo” puesto a la moral sugiere algunas ideas concretas, preconstruidas por el derecho público, y cuyo significado puede darle un giro determinado al alcance del concepto. Veamos por qué. La primera aproximación que podría dársele al concepto sugeriría que la expresión “administrativa” indica que sólo cuando actúa la rama ejecutiva o administrativa del poder público cabría controlar dichas decisiones por medio de la acción popular. En este orden de ideas, se sostendría que la moral administrativa es propia del ejercicio de la función administrativa, no así del ejercicio de otras funciones públicas. Desde luego que en este primer concepto de aproximación también se incluirían las demás ramas del poder público, siempre que ejerzan, en el caso concreto, función administrativa. Del mismo modo, incluiría a los particulares, siempre que ejerzan esta misma función. La Sala, sin embargo, descarta esta acepción restringida, y opta por una un poco más amplia, según la cual, para los solos efectos del art. 88 CP., dicho concepto no hace referencia concreta y exclusiva a una función pública, o a quienes extraordinariamente la ejerzan, sino que se refiere al concepto de “moral pública”, como género de la moral política. En este sentido, el derecho colectivo a la moralidad, en principio, es exigible de todos los órganos que ejercen tareas o actividades a cargo del Estado, en cualquiera de las ramas del poder público, pero

no es protegible, a través de esta acción, la vulneración a este principio, en que incurran las autoridades jurisdiccionales y la legislativa. Esta interpretación, amplia y garantista, es la que mejor se acomoda a filosofía de la Constitución, así como a los derechos colectivos que se analizan y a la acción a través de la cual se protegen. Otro entendimiento limitaría, innecesaria e injustificadamente, el campo de aplicación de un derecho cuyo propósito no es otro que proteger el ordenamiento jurídico de las desviaciones, provengan de la rama del poder público que provenga. Incluso, esta idea aplica a toda la rama ejecutiva, sin importar si ejerce una función administrativa. Recuérdese, en este sentido, que en ocasiones algunas entidades estatales realizan tareas que no comportan el ejercicio de la función administrativa. Es el caso de algunas tareas que ejecutan las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, quienes, pese a que no ejercen la función pública en casos concretos, pueden llegar a violar la "moral administrativa" en esos eventos, pues el adjetivo "administrativo", se insiste, no se relaciona con el ejercicio de la función pública, si no con la ejecución de actividades por parte del Estado. Este entendimiento es el que mejor se compadece con el art. 88 CP., y con la filosofía político-jurídica que lo inspiró, pues la necesidad de proteger los derechos colectivos fue el sentido que inspiró al Constituyente para crear una acción que defendiera a la comunidad de ciertas acciones del Estado.

1. b) EL JUEZ POPULAR Y LAS FUENTES DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA

El juez de la acción popular, debe pasar de buscar en las actuaciones administrativas simples "vicios legales", a buscar también "vicios morales", ambos con la misma capacidad destructora del ordenamiento jurídico. Esta situación refleja, de mejor manera, que el juez de la acción popular está invitado -incluso obligado-, por la Constitución y el legislador, a realizar un juicio moral sobre las acciones públicas, sin que deba sentir temor a adentrarse en terrenos movedizos, pues desde 1991 la moralidad administrativa adquirió el rango de derecho, ya no sólo de principio abstracto, y de su mano se debe hacer una nueva lectura de las actuaciones públicas, ya no sólo la de la legalidad, sino también la de la moralidad. Hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares: i) al interior de la norma positiva -la Constitución, la ley, los reglamentos, y en general o cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral-; lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque

menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho. Finalmente, iii) la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública. Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior, en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública.

Sentencia del 30 de agosto de 2007. Exp. 2004-00009-01(AP). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO

* Con Aclaración de voto del Magistrado Ramiro Saavedra Becerra

* Con Salvamento de voto del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez

TUTELAS

1. EL INGRESO AL PROGRAMA DE PROTECCIÓN DE DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS DEBE CUMPLIR LAS ETAPAS LEGALES DE ESTUDIO PREVIO

La Sala debe definir si la no inclusión inmediata, de quien ostenta la calidad de defensora de los Derechos Humanos, a programas de protección por parte del Ministerio del Interior y de Justicia y de la Fiscalía General de la Nación vulnera los derechos a la vida e integridad física de la actora.

Los defensores de derechos humanos, por tratarse de un grupo que se encuentra en situación de especial vulneración por su exposición de riesgo debido al tipo de tareas y actividades que desempeñan, deben ser objeto por parte de las autoridades, dentro del ámbito de sus competencias, de la adopción de medidas eficaces orientadas a proteger la vida. De la ley 418 de 1997, los dec. 200 y 2788 de 2003, el dec. 2816 de 2006 (arts. 6 y 13) se concluye que el trámite de las solicitudes de amparo para los dirigentes o activistas de Derechos Humanos está a cargo de la Dirección del Programa de Atención y Protección del Ministerio del Interior y de Justicia y el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos (CRER) es quien decide con base en el cumplimiento de unos presupuestos, como por ejemplo, el estudio de riesgo y grado de amenaza, etapa en la cual se encuentra la solicitud de la actora.

Así las cosas, la referida Dirección ha dado el trámite pertinente a la solicitud. La Dirección Nacional del DAS está cotejando el estudio de riesgo realizado a la tutelante por la Seccional de Antioquia para dictaminar definitivamente el nivel del mismo y el grado de amenaza. Además, ha adoptado las medidas de seguridad preventivas mientras se decide la solicitud. En consecuencia, no se probó vulneración a los derechos fundamentales invocados.

No obstante lo anterior, en consideración a la insistencia de la actora y a sus manifestaciones de urgencia, se exhorta a la Dirección y Comités precitados para que agilicen la definición de la solicitud de protección de la actora, por medio de requerimiento al DAS para el estudio del nivel de riesgo y amenazas y, entretanto, se reitera a la Policía Nacional las medidas de protección preventivas para la seguridad de la accionante.

Sentencia de 30 de Abril de 2008. EXP. 2008-00295-01, M.P. DRA. SUSANA BUITRAGO VALENCIA

2. SE TRAZAN PAUTAS PARA CONCEDER BENEFICIOS A LAS PERSONAS DESMOVILIZADAS

Corresponde a la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, (ACR) otorgar los siguientes beneficios económicos, de conformidad con el artículo 3° de la Resolución 513 de 2005 del Ministerio del Interior y de Justicia: 1. Documentos (registro civil, cédula de ciudadanía, tarjeta de identidad, certificado judicial, libreta militar o duplicados); 2. Ayuda humanitaria (alojamiento, manutención, bono de ropa y transporte urbano o rural); 3. Salud; 4. Educación (procesos formativos); 5. Seguro de vida; atención psicológica integral (sicólogo-tutor/trabajador social) y 7. Proyecto de vida. El proceso de desmovilización y reincorporación consta de dos etapas, la primera se denomina "Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado", la cual depende del Ministerio de Defensa Nacional y del Comité Operativo para la Dejación de Armas. La segunda etapa es el "Programa para la Reincorporación a la Vida Civil de Personas y Grupos Alzados en Armas", que está a cargo de la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas- ACR. Significa que no es culpa de la ACR que algunos actores no cumplan con los requisitos exigidos como por ejemplo, haber cursado 5° de primaria o capacitarse en un área que no se relacione con el proyecto al que se aspira. Es claro que para acceder al proyecto productivo y a los demás beneficios socioeconómicos deben cumplirse obligatoriamente y conjuntamente unos requisitos, por lo que mientras los impugnantes no reúnan la totalidad de las condiciones

dispuestas en las normas no será posible que sean beneficiarios del proyecto productivo. Se concluye de lo anterior que el acceso a los servicios y beneficios que brinda la ACR no depende sólo de ésta sino también del interés de los participantes en obtenerlos.

Sentencia del 24 de abril de 2008. Exp. 2007-02480-01(AC), M.P. MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA.

* Con aclaración de voto de la Magistrada Ligia López Díaz.

3. LISTA DE ELEGIBLES - REORDENAMIENTO AL ACREDITARSE MAYORES PUNTAJES POR ESTUDIOS AFINES AL CARGO

El señor Robayo Romero acreditó como título profesional el de Administrador de Empresas, pero también allegó una especialización en Administración Pública que como es evidente tiene una relación estrecha con el cargo de Gestor de Personal, pues si como se vio, le es exigido como requisito mínimo de formación académica el título en administración pública, mal podría decirse que no tiene afinidad con el cargo y por lo tanto no sea contada dentro de las especializaciones cursadas a efectos de obtener el puntaje correspondiente. En tal sentido, es claro que los veinte (20) puntos que conforme al artículo 20 del Acuerdo No. 8 de 2007 se otorgan por haber cursado y acreditado una especialización deben ser adjudicados al demandante. En ese orden, a efectos de computar el puntaje total de la prueba de antecedentes de estudios debe tenerse en cuenta no solamente el Diplomado en Actualización Laboral sino también la Especialización en Administración Pública. En ese escenario, la lista de elegibles se modificaría en la medida en que el puntaje asignado por la Comisión Nacional del Servicio Civil no es el correcto.

Sentencia de 24 de abril de 2008. Exp. 2008-00018-01(AC), M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

SECCIÓN PRIMERA

1. ETESA - TITULAR DE LA EXPLOTACIÓN DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR LOCALIZADOS: FACULTAD DE COMPLEMENTACIÓN O INTEGRACIÓN NORMATIVA

Como se dijo, el actor afirma que dicho numeral viola los artículos 189, numeral 11, y 84 de la Constitución Política, en síntesis porque mediante el mismo el Gobierno Nacional traslada a ETESA la potestad reglamentaria que le otorga la primera de las invocadas disposiciones constitucionales, al autorizarla para expedir un reglamento. No se trata de autorizar o facultar a ETESA para que expida reglamentos sobre ese tópico y menos para que se dé su reglamento, por cuanto esa facultad la tiene dicha empresa, con

aprobación del Gobierno nacional, en virtud de norma legal expresa, artículo 90, literal b, de la Ley 489 de 1998, en su condición de empresa industrial y comercial de Estado, creada mediante el artículo 39 de la Ley 643 de 2001, y en esa condición es la titular de la explotación de los juegos de suerte y azar localizados, según expresamente lo establece el artículo 32, inciso segundo de la citada Ley 643, que a la letra dice “La explotación de los juegos localizados corresponde a la Empresa Territorial para la Salud, ETESA. Los derechos serán de los municipios y el Distrito Capital y se distribuirán mensualmente durante los primeros diez (10) días de cada mes.” De modo que siendo la titular de dicha explotación, es apenas obvio que en su reglamento interno prevea disposiciones atinentes al desarrollo de esa actividad, las cuales tendrán que tenerse en cuenta en los contratos de concesión que celebre con particulares para el efecto. En esas circunstancias, el numeral 12 del numeral 6 del artículo 4° del Decreto 2483 de 2003 no hace más que acoger una posibilidad jurídica de complementación o integración normativa que depende de las circunstancias propias del referido contrato y que por lo mismo es inherente al ordenamiento jurídico en virtud de sus principios de coherencia, unidad y plenitud; por consiguiente bien pudo haberse incluido o no en el decreto reglamentario, y de todos modos ETESA está sujeta a consultar sus estatutos internos en la elaboración, celebración y ejecución de tales contratos, como debe hacer en relación con todos sus actos, toda vez que ellos son justamente su marco normativo más inmediato y al cual está sometida de manera directa, en armonía con la Constitución, la ley y el reglamento. De modo que el cargo no tiene vocación de prosperar, de allí que se deba negar la pretensión de la demanda.

Sentencia del 30 de abril de 2008. Exp.2003-00514-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

2. MARCA DERIVADA - DEFINICIÓN; SIGNOS DISTINTIVOS Y VARIACIONES NO SUSTANCIALES O COMPLEMENTARIAS COTEJO ENTRE LOS SIGNOS PRINCIPALES AVON Y YANBAL

En este caso, adicionalmente y de manera especial, se debe tener en cuenta que las marcas enfrentadas aparecen caracterizadas como marcas derivadas, toda vez que según la jurisprudencia comunitaria y la doctrina, las objeciones u oposiciones que a esa clase de marcas se le hagan sólo podrán referirse a los elementos accesorios o complementarios añadidos y no al signo principal. En efecto, según lo indica el Tribunal de Justicia de la Comunidad, las “marcas derivadas son aquellos signos distintivos solicitados para registro por el titular de otra marca anteriormente registrada, en relación con los mismos productos o servicios, donde el distintivo principal sea dicha marca principal con

variaciones no sustanciales del propio signo o en relación con los elementos accesorios que la acompañan.” El signo distintivo de la marca demandada que pertenece a otra marca anteriormente registrada es AVON. Otro tanto ocurre con el signo YANBAL de la marca opositora. De esa forma cabe decir que los elementos complementarios de la marca enjuiciada están en la expresión AGE BLOCK, por consiguiente se ha de entender que la demanda está dirigida a esta parte de la marca, esto es, contra el uso de tales elementos. Justamente, esa expresión AGE BLOCK forma parte de ambas marcas, luego la comparación se circunscribe a la misma, pudiéndose observar que está conformada por dos palabras de idioma inglés que son de fácil comprensión por la población media del país y mucho más por el sector que consume los productos de la clase 3ª, especialmente cosméticos y protectores para la piel. En ese orden es de fácil entendimiento que AGE significa edad y BLOCK, bloque o muro, barrera, de suerte que la expresión AGE BLOCK asociada a los productos que se distinguen con las marcas enfrentadas suscita la idea o el concepto de una barrera o muro a la edad, bloqueador de la edad. De esa forma se constituye en una expresión genérica en cuanto a las propiedades y efectos que se ofrecen con tales productos, tanto que pareciera referirse a una clase de cosméticos, en especial a los bloqueadores, lo cual le da una connotación más que meramente evocativa, pues es casi descriptiva de esa gama de productos, luego su uso no puede ser apropiable por persona alguna, sea como único elemento constitutivo de la marca, o haciendo parte de una marca derivada, como las del sub lite. En consecuencia, la comparación de las marcas en cuestión se focaliza o recae con mayor peso en los signos principales de ambas, AVON y YANBAL, pudiéndose apreciar sin dificultad que son diferentes en todos los aspectos que determinan la distintividad. El resultado es que las marcas enfrentadas, como conjunto de letras, en virtud del signo principal de cada marca, AVON y YANBAL, y de su mayor grado de representación y peso en el conjunto de ambas, no generan una impresión de semejanza en su escritura y en su fonética, luego no crean confusión en los consumidores de los productos en mención, por lo tanto, emerge sin dificultad alguna que la marca acusada ofrece la distintividad necesaria frente a la opositora para coexistir en el mercado de manera pacífica, pues no hay riesgo de que induzca al consumidor medio a error, en especial en lo que al productor de los respectivos bienes que bajo el amparo de cada una se ofrecen.

Sentencia del 30 de abril de 2008. Exp. 2002-00207-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

3. RIESGO DE CONFUSIÓN MARCARIA - SEMEJANZA ENTRE LOS NOMBRES COMERCIALES TRANSPORTADORA MINERA Y COMERCIAL TMC Y TRANSPORTADORA COMERCIAL DE COLOMBIA S.A. TCC

Comparadas las marcas en conflicto la Sala considera que si bien es cierto que las siglas TMC Y TCC son semejantes, en cuanto ambas constan de tres letras, dos de las cuales son iguales y, además se encuentran en la misma disposición, lo cual conduce a que ortográfica y fonéticamente sean similares y que, en consecuencia, su coexistencia en el mercado pudiera llevar al público consumidor a error, también lo es que como la sigla TMC se encuentra precedida de las expresiones TRANSPORTADORA MINERA Y COMERCIAL, éstas últimas le otorgan la suficiente fuerza distintiva para que el consumidor medio pueda distinguirla de la marca opositora TCC y, por tanto, éste no creará adquirir un servicio de la marca TCC pensando que está adquiriendo un servicio de la marca TRANSPORTADORA MINERA Y COMERCIAL TMC y viceversa (confusión directa), como tampoco creará que los servicios ofrecidos bajo una y otra marca son prestados por TCC o que ambos son prestados por TRANSPORTADORA MINERA Y COMERCIAL TMC. En consecuencia, la Sala considera que no se configura la causal de irregistrabilidad contemplada en el artículo 83, literal a) de la Decisión 344. En sentir de la Sala, el anterior acervo probatorio demuestra que la actora en el desarrollo de sus actividades ha venido haciendo uso de su nombre comercial, por lo cual es procedente llevar a cabo el cotejo entre éste y la marca controvertida. Efectuada la comparación entre la marca TRANSPORTADORA MINERA Y COMERCIAL TMC y el nombre comercial de la actora TRANSPORTADORA COMERCIAL COLOMBIA S.A. TCC bajo las mismas reglas ya señaladas, para la Sala no cabe duda alguna de que la coexistencia de una y otro es susceptible de generar riesgo de confusión en el público consumidor. En efecto, la marca y el nombre comercial en conflicto coinciden en las expresiones TRANSPORTADORA y COMERCIAL, la expresión TRANSPORTADORA está al inicio tanto de la marca como del nombre comercial; y en las siglas TMC y TCC hay coincidencia en dos de las letras que las conforman, a saber, T y C, cuya disposición es la misma también tanto en la marca como en el nombre comercial TMC y TCC, es decir, que existe confusión visual u ortográfica. De igual manera, esta Corporación considera que se presenta confusión desde el punto de vista fonético respecto de las expresiones TRANSPORTADORA y COMERCIAL en cuanto la marca y el nombre comercial las contienen en forma idéntica, así como también respecto de las siglas TMC y TCC, dada la circunstancia de que coinciden en la primera y en la última de las letras que las conforman, lo cual hace que fonéticamente se pronuncien de forma similar.

Sentencia de 30 DE ABRIL DE 2008. Exp. 2001-00007-01, M.P. RAFAEL ENRIQUE OSTAU DE LAFONT PIANETA

4. ETB - SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN RESPUESTA A 139 SOLICITUDES DE LOS USUARIOS

En el sub lite, el memorialista se ha limitado justamente a invocar las normas y a afirmar genéricamente que las peticiones que no atendió oportunamente requerían la práctica de prueba, sin que en relación con cada una de ellas y en cuanto hace al artículo 123 del decreto 2150 de 1995, hubiere acreditado que esas pruebas efectivamente se decretaron y practicaron y que en virtud de esa actividad probatoria tuvo que excederse en el comentado término de 15 días; y menos ha acreditado que hubiese informado a los peticionarios que no le era posible resolver o contestar la petición en dicho plazo y les hubiere señalado la fecha en que se las resolvería, si del artículo 6° del C.C.A. se quisiera beneficiar. El punto no está en que la petición de que se trate requiera práctica de pruebas, sino en que en razón de ello la autoridad hubiera procedido a decretarla y practicarlas dentro de la actuación administrativa o del recurso correspondientes; ni que por razones objetivas y no caprichosas o artificiosas (complejidad de la petición, volumen de trabajo a cargo de la autoridad, entre otras) le sea imposible responderla dentro del término, sino que además así se lo hubiere informado al peticionario y le hubiere señalado la fecha en que por esas circunstancias se la decidiría. Nada de lo cual cuenta con demostración en el plenario. De modo que por no demostrar la actora dentro de la investigación administrativa, como tampoco en el sub lite, que en relación con cada una de las peticiones referidas se dio alguno de los supuestos previstos en los artículos 123 del Decreto ley 2150 de 1995, subrogatorio del artículo 158 de la Ley 142 de 1994, y 6° del C. C. A., la Sala no encuentra que éstos hubiesen sido mal interpretados por la entidad demandada, o que por su aplicación se le hubiere vulnerado el derecho defensa a aquella ni violado las normas que ha invocado en apoyo del cargo bajo examen.

Sentencia de 24 de abril de 2008. Exp. 2004-00045-01, M.P. RAFAEL OSTAU DE LAFONT PIANETA

5. AVISO DE LLEGADA DEL MEDIO DE TRANSPORTE SÓLO SE EXIGE CUANDO PROVENGA DEL EXTERIOR

El artículo 2 de la Resolución 371 de 1992 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales “por la cual se reglamenta el Decreto 1909 del 27 de noviembre de 1992” es claro en señalar que el aviso debe darse en los casos en que el medio de transporte provenga del exterior. En igual sentido se encuentra establecido por el artículo 2 de la Resolución 5268 de 1998 “por la cual se reglamenta el Decreto 1960 de 1997”. De las normas

anteriormente transcritas, de las pruebas y apartes de los actos acusados se desprende que no existía obligación de la sociedad ACES S.A. de informar la llegada de sus vuelos a la ciudad de Cali, toda vez que ninguno de los mismos provenía directamente del exterior, sino que con anterioridad había hecho escala en otro aeropuerto nacional, en el cual sí se cumplió con la obligación señalada en las precitadas normas. Se repite que la obligación emanada de las normas estudiadas es clara en establecer que “La empresa transportadora marítima o aérea, responsable del medio de transporte procedente del exterior, deberá dar aviso de arribo al territorio nacional” a la autoridad que corresponda en la jurisdicción del puerto o aeropuerto de llegada, lo cual aconteció en el caso objeto de examen, como da cuenta el material probatorio. En consecuencia no era pertinente que ACES S.A. informara el arribo de sus vuelos al aeropuerto de Cali, cuando ninguno de los mismos provenía de territorio extranjero. Por lo tanto es procedente la nulidad de los actos administrativos demandados por violación directa de la ley aduanera, lo que impone confirmar el fallo recurrido.

Sentencia del 24 de abril de 2008, Exp. 2000-92757-01, M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN,

6. CONTRALORÍAS MUNICIPALES - INICIATIVA EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PLANTAS DE PERSONAL CORRESPONDE AL CONTRALOR PARA QUE EL CONCEJO DECIDA AUTÓNOMAMENTE, SIN QUE DEBA SER OÍDO EN LOS DEBATES

El artículo 157 de la Ley 136 de 1994 ciertamente establece que la iniciativa para la determinación de las plantas de personal de las contralorías municipales y distritales es de los respectivos contralores, al señalar que esa determinación le corresponde a los concejos, a iniciativa de tales funcionarios. Pero esa norma no tiene el alcance que pretende darle el recurrente, en el sentido de que iniciativa implica también derecho propio a participar en el debate o las deliberaciones dentro del trámite del proyecto de acuerdo que presente, pues se trata de dos etapas o ámbitos distintos de esa clase de decisiones. Iniciativa sólo implica eso, poder presentar proyectos, para que otros los examinen y decidan sobre su aprobación o no. Esa potestad de origen legal no implica más que una división del trabajo en las decisiones que los concejos pueden tomar sobre la materia, en el sentido de que hay una autoridad a quien la ley le ha reservado la facultad de presentar proyectos de ellas, y otra autoridad que toma la decisión correspondiente mediante el trámite de ley. Una es la que puede proponer y otra es la que puede decidir, para lo cual tiene la libertad y autonomía de deliberar y pronunciarse en el sentido que considere conveniente. En esas circunstancias, la participación por

derecho propio de quien tiene la iniciativa llega hasta presentar o poner a consideración del organismo deliberante y decisorio las propuestas que estime necesarias sobre la materia, y la que de allí en adelante pueda tener depende de lo que a bien dispongan los miembros del organismo que debe pronunciarse sobre la aprobación o no del respectivo proyecto de acuerdo, sea en comisión o en plenaria, de modo que no están obligados a oír en todos los debates al titular de la iniciativa. Ello no obsta para que el Contralor pueda solicitar ser oído en cualquiera de los debates del proyecto, o sea citado por el propio concejo municipal, casos en los cuales es la misma corporación administrativa la que determina si aquél interviene o no en esa etapa que es del exclusivo resorte del Concejo.

Sentencia del 24 de abril de 2008, Exp. 2000-00912-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

7. RÉGIMEN CAMBIARIO - SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO: INTERRUPCIÓN CON EXPEDICIÓN Y NOTIFICACIÓN DEL ACTO SANCIONATORIO

Al respecto, se tiene que el fundamento jurídico del debate de la cuestión está en los artículos 26 y 28 del Decreto 1092 de 1996, “por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.” El enunciado de dichos artículos dice: (...). Consta en el plenario que el recurso contra la resolución que puso fin a la actuación administrativa, núm. 015 de 13 de agosto de 1998, fue presentado por la actora el 9 de septiembre de 1998, y que dicho recurso fue desatado mediante Resolución Núm. 03 de 26 de marzo de 1999, para cuya notificación se optó en un comienzo por la notificación personal, efecto para el cual se libró oficio citatorio al representante legal de la actora con esa misma fecha (folio 1603), enviado al parecer por SERVIENTREGA, según comprobante de envío que obra en cuaderno anexo del plenario (folio 1598), con la advertencia de que si no se presentaba dentro de los 10 días siguientes, se procedería a practicar la notificación por edicto. Ante la no comparecencia del citado, la Administración procedió a la notificación por edicto, distinguido con el número 229, que fue fijado el 13 de abril de 1999 y desfijado el 26 siguiente, a las 5 P.M., por ende la notificación de dicha resolución se produjo una vez desfijado ese edicto. De otra parte, el término de 7 meses que tenía la administración para expedir y notificarla, contado a partir del día siguiente de la presentación del recurso, vencía el 10 de abril de 1999, vencimiento que por ser sábado se trasladó a lunes 12, de suerte que a más tardar ese día debía estar notificada la aludida resolución. La Sala no tiene duda de que el señalado término corresponde a la expedición

del acto que dirima el recurso de reposición como la notificación del mismo, pues ambas normas son claras en ese sentido, amén de que al disponerlo así resultan en consonancia con los supuestos que doctrinariamente configuran el silencio administrativo, esto es, el vencimiento del término que señale la ley en el caso especial que consagra esa figura, y la falta de notificación al interesado, en este caso el recurrente, dentro de dicho término. Por lo tanto, en el presente caso lo que se advierte es que inequívocamente el legislador ha querido incluir la notificación del acto que decide el recurso de reposición en los siete (7) meses que ha señalado como límite para que no se configure el silencio administrativo positivo; de allí que al confrontar los hechos con la norma transcrita, es evidente que la notificación de la resolución que decidió el recurso de reposición se surtió por fuera o después del referido plazo de 7 meses, como quiera que se efectuó 14 días después del 12 de abril, día en que había fenecido, mientras que la notificación tuvo lugar el 26 siguiente, día en que se desfijó el edicto.

Sentencia de 17 de abril de 2008. Exp. 1999-02261-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

8. PRUEBA TESTIMONIAL OBLIGATORIEDAD DEL REQUISITO SOBRE DOMICILIO Y RESIDENCIA DE LOS DECLARANTES SO PENA DE RECHAZO

Estima la Sala que asistió razón al a quo, al negar la práctica de la prueba solicitada, por cuanto dicha norma es clara (artículo 219 Código de Procedimiento Civil), al exigir que en la solicitud debe expresarse el domicilio y residencia de los testigos, a fin de que el juez, que es a quien corresponde, pueda hacer la respectiva citación. Es oportuno precisar que la interpretación que debe darse a este artículo, es que cuando ha sido cumplida la carga de suministrar la información necesaria para practicar el testimonio, corresponde al juzgador, realizar la respectiva citación, en aras de hacer efectiva la prueba, y de ninguna manera puede excusarse de dicho deber, como al parecer se ha entendido por algunos jueces. Lo anterior no obsta para que de considerarlo el juzgador pertinente, haga uso de la facultad oficiosa.

Auto del 17 de abril de 2008. Exp. 2005-01324-01 M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

* Con Salvamento de voto de los magistrados Martha Sofía Sanz Tobón y Rafael Ostau De Lafont Pianeta

SECCIÓN SEGUNDA

1. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 146 DE LA LEY 100 DE 1993 EN MATERIA DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN TERRITORIAL - SITUACIONES CONSOLIDADAS

Rectificación Jurisprudencial - De la lectura del artículo 146 de la ley 100 de 1993 se infiere que el legislador legalizó los actos administrativos de carácter particular, no los de carácter general en los cuales se soportaron aquellos. Así pues, como lo determina expresamente el inciso primero del artículo 146 de la ley 100, las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, en materia de pensiones de jubilación extralegales, continuarán vigentes, con lo cual se desarrolla el mandato constitucional que ampara los derechos adquiridos, ya que las situaciones que se consolidaron bajo el amparo de la legislación preexistente no son susceptibles de ser alteradas o modificadas por la nueva ley. De esta manera, teniendo en cuenta la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, deben continuar vigentes. De acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional 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. De esta manera, la Sala rectifica la posición asumida en anteriores oportunidades en que se sostuvo que la ley carece de vocación para subsanar vicios de constitucionalidad. Como quiera que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, el actor ya tenía reconocida la pensión de jubilación, debe aplicarse el artículo 146, lo cual quiere decir que debe mantenerse el derecho en la forma en que le fue reconocido por el ente universitario.

Sentencia de 17 de abril de 2008, Exp. 2004-05344 (2309-06), M.P. JAIME MORENO GARCÍA

2. RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE INVALIDEZ CONFORME AL RÉGIMEN GENERAL POR SER MÁS FAVORABLE QUE EL ESPECIAL DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

El problema consistió en determinar si el actor tenía derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez por padecer una incapacidad sufrida durante la prestación de su servicio militar obligatorio. La Sala señaló que teniendo en cuenta los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral asignados al demandante, en principio no tenía derecho a la pensión de invalidez contemplada en el Decreto 0094 de 1989 por no igualar o superar el 75% exigido por éste. De los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, concluyó que efectivamente el régimen general que regula lo relacionado con la pensión de invalidez es mucho más favorable que el especial aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, pues en el caso específico se trató de la

calificación de una lesión cerebral que produjo la aparición de una epilepsia que en el régimen general permitiría acceder a una pensión de invalidez. Por lo expuesto, y considerando el caso especialísimo del actor por tratarse de una enfermedad que en los dos regímenes debería tener la misma calificación, se ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez con base en lo dispuesto por los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993.

Sentencia del 27 de marzo de 2008. Exp. 1999-05264 (2833-04), M.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ.

3. INEXISTENCIA DE PRESCRIPCIÓN TRIENAL EN CONTRATO REALIDAD

Rectificación Jurisprudencial - El término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible, pero debe tenerse en cuenta que en el contrato de prestación de servicios, el derecho surge desde el momento en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento traducido en el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, con lo que resulta, que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica. No resulta razonable aplicar la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce al contratista en la sentencia, si se tiene en cuenta que como se advirtió, dicha figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, derecho que sólo se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral. En otros términos, para los contratistas existía un obstáculo de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; por ende, se puede afirmar que el derecho a devengarlas sólo surge con certeza, a partir de la expedición de la sentencia. Con lo anterior, la prescripción trienal no será aplicable en los procesos en los que se demuestre la existencia de la primacía de la realidad sobre la forma.

Sentencia de 6 de marzo de 2008. Exp. 2002-00244 (2152-06), M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

SECCIÓN TERCERA

1. HIJO DE CRIANZA INFERENCIA DE PERJUICIO MORAL

Encuentra oportuno la Sala esbozar unos leves lineamientos sobre lo que con inusitada frecuencia en nuestra realidad social se denomina “hijo de crianza”.

Condición que puede tener origen no del todo en el marco de la solemnidad de la adopción como institución jurídica, sino en la facticidad de las relaciones sociales propias de nuestra cultura. En efecto: “Tomemos ahora latamente esta palabra, y digamos ¿qué es adopción tomada en este sentido general y lato? Respuesta. Es una acción solemne, por la cual se toma el lugar de hijo o nieto a uno que no lo es por naturaleza”. Y no obstante a la ausencia del requisito de la solemnidad propio del Derecho Romano en la medida que dicho acto se hacía en presencia del pueblo en los comicios o por la moneda y el peso delante de cinco testigos, no puede dejarse de lado el hecho, de que la familia aunque se haya iniciado como fenómeno biológico, como unidad reproductiva de los primates, mutó a ser una realidad o categoría social. No se confunde desde luego, y se advierte nuevamente, la adopción como categoría jurídica regulada en el ordenamiento propio, con la constatación de una realidad social que es manifiesta en nuestro medio y que se ha conocido como hijos de crianza, cuya naturaleza y características se viene de describir. La realidad social es la que impone ese reconocimiento. Y es en el anterior entendimiento, que acreditado por cualquiera de los medios probatorios, la circunstancia o relación de especial afecto y protección que se adjetiva como “hijo de crianza”, lo que permite se infiera de allí el dolor moral padecido por aquél o por el pater familias.

Sentencia del 26 de marzo de 2008. Exp. 1991-05930-01 (18.846), M.P. ENRIQUE GIL BOTERO

SECCIÓN CUARTA

1. SE ACLARAN PARÁMETROS PARA ESTABLECER LA BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO PREDIAL EN EL DISTRITO CAPITAL

La base gravable del impuesto predial en Bogotá es el valor del inmueble estimado por el contribuyente pero la determinación no puede quedar totalmente a su arbitrio, por ello se fijan unos límites mínimos con el fin de aproximarse al cumplimiento efectivo de los principios de equidad y progresividad (art. 155 Dec. 1421 de 1993). Se reitera lo expresado por la Sala en otros pronunciamientos donde se dijo que el contribuyente es quien debe establecer la base gravable, pero dentro de los parámetros previstos en la norma, esto es, el mayor valor entre el avalúo catastral o el autoavalúo del año inmediatamente anterior, según el caso, incrementado en la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor en el año calendario inmediatamente anterior. La Sala no encuentra motivo para anular la norma demandada, toda vez que la función que cumplió el Decreto 423 de

1996 en su momento fue la de recopilar todas las normas sustanciales que regulaban los impuestos territoriales, dentro de los cuales se encuentra el impuesto predial unificado.

Sentencia del 24 de abril de 2008. Exp.2003-00076-01(16255), M.P. LIGIA LOPEZ DIAZ

2. EL BANCO DE LA REPUBLICA NO TIENE FACULTADES PARA IMPONER SANCIONES RESPECTO AL MERCADO DE OPCIONES CAMBIARIAS

Es claro que la Junta Directiva del Banco de la República es el organismo estatal competente para el cumplimiento de los principios contenidos en la Ley marco de cambios internacionales, a fin de darle el debido desarrollo mediante disposiciones de índole general respecto a las actividades y procedimientos en materia cambiaria contemplados en las Leyes 9 de 1991 y 31 de 1992. Una de las reglas a seguir en la intervención del Banco en el mercado cambiario, es seguir las directrices que la Junta Directiva establezca para el efecto. La Junta Directiva del Banco de la República es la autoridad exclusiva en materia de cambios internacionales y tiene la competencia para regular lo relativo a la intervención del Banco de la República en el mercado cambiario, en particular en cuanto a la compra y venta de divisas. Además tiene la potestad sancionatoria en esta materia, dentro de los parámetros establecidos en la Ley 31 de 1992. En este orden de ideas el Departamento de Operaciones y Desarrollo de Mercados del Banco de la República, al establecer en la “Circular reglamentaria” demandada, sanción a los Intermediarios de Opciones Cambiarias por incumplimiento del ejercicio de opciones put en operaciones de intervención directa, actuó sin competencia, porque carece de atribuciones para proferir normas que establecen sanciones y porque la norma en la que apoya su actuación no señala la conducta sancionable ni la pena que a través del acto se determinan. Se anula parcialmente el numeral 11.3 de la circular externa dodm-143 de l 2005 del banco de la republica.

Sentencia del 24 de abril de 2008. Exp. 2006-00014-00(16008), M.P. MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA

* Con Salvamento de voto de los magistrados Ligia López Díaz y Juan Ángel Palacio Hincapié.

3. SE DECLARA EN FIRME DECLARACIÓN TRIBUTARIA AL INAPLICARSE LA RESOLUCIÓN DE FIJACIÓN DE PLAZOS EN INDUSTRIA Y COMERCIO

Se discute entre otros puntos la legalidad de la resolución de la División de Rentas de Medellín que prorrogó el término de presentación de la declaración

de industria y comercio y que como consecuencia de tal ampliación, le practicada a la sociedad actora una liquidación de revisión. La orden dada por la División de Rentas Municipales, no se puede aplicar en este caso, pues se observa que por ser dicho acto administrativo proferido sin tener las facultades para ello, no puede modificar disposiciones incluidas en normas superiores como en el presente caso el Acuerdo 61 de 1989, que contempla las disposiciones del Impuesto de Industria y Comercio y establece la presentación anual de la declaración tributaria, sin que exceda el último día hábil del mes de abril y la firmeza de la declaración dos años contados a partir de la fecha de vencimiento de la presentación. Conforme a lo anterior, prospera la apelación, por cuanto el requerimiento especial fue expedido extemporáneamente porque las facultades de revisión habían caducado y se encontraba en firme la declaración tributaria presentada por la sociedad actora de conformidad con el artículo 53 del Acuerdo 61 de 1989 en concordancia con el artículo 58 ib. En consecuencia, se declara la firmeza de la declaración tributaria presentada por la sociedad actora, previa anulación de la Liquidación Oficial de Revisión. A título de restablecimiento del derecho se ordenará al municipio de Medellín restituir a la sociedad demandante el mayor valor cancelado por concepto de Impuesto de Industria y Comercio, año base 1991 período gravable 1992 y \$20.671.081 que equivale a la suma cancelada como sanción por inexactitud, junto con los respectivos intereses de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Sentencia del 17 de abril de 2008. Exp.1995-01588-01(15553), M.P. JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

* Con Salvamento de Voto de la Magistrada Ligia López Díaz.

* Con Aclaración de Voto de la Magistrada María Inés Ortiz Barbosa.

4. SE PERMITE PRESENTAR DECLARACIÓN TRIBUTARIA ELECTRÓNICA AL DIA SIGUIENTE POR FALLAS EN EL SISTEMA INFORMÁTICO DE LA DIAN

Una sociedad no presentó su declaración de retención en la fuente de enero de 2001 por medios electrónicos por problemas en el sistema informático de la DIAN por lo cual la presentó manualmente al día siguiente. Teniendo en cuenta que los errores que impidieron a la actora presentar la declaración electrónicamente, fueron debido a “un factor externo sobre los archivos de configuración pertenecientes a la aplicación” y otro a problemas “al chequear la versión de la aplicación” que requería la verificación de la conexión a Internet, se considera que tales dificultades en mención fueron hechos imprevisibles, porque no se podía prever que precisamente en la fecha en que vencía el plazo para

declarar, el sistema fuera a presentar errores. También fueron irresistibles, por cuanto no dependían del contribuyente, sino de factores externos que desconocía, a tal punto que requirió la ayuda de la demandada. Se considera la actuación de la demandante como de buena fe ya que ante la evidencia de que no podía presentar oportunamente la declaración electrónica por circunstancias ajenas a su voluntad, decidió presentarla manualmente, al día siguiente, con fundamento en el artículo 579-2 del Estatuto Tributario, obviamente, sin determinar sanción alguna. La solicitud que hizo la actora para que la DIAN le ayudara a resolver los problemas que tenía para el envío de la declaración electrónica y la falta de un pronunciamiento expreso e inmediato de la demandada frente a la declaración manual presentada por aquella, al día siguiente de haber vencido el plazo para hacerlo por los medios electrónicos, corroboran que la Administración sabía las circunstancias de fuerza mayor. Dado que la DIAN violó el artículo 579-2 del Estatuto Tributario y el debido proceso, pues la declaración manual fue válidamente presentada por la demandante, se impone anular los actos acusados, como lo dispuso el a quo, motivo por el cual se confirmará la providencia apelada.

Sentencia del 24 de abril de 2008. Exp. 2003-00021-01(15488), M.P. HÉCTOR J. ROMERO DIAZ

5. LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN LOS PROCESOS DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO: OPORTUNIDAD Y LEGITIMACIÓN

Se decide un recurso de apelación mediante el cual le negó por extemporánea su intervención dentro del proceso y el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 26 de septiembre del 2007 proferida por esa misma Corporación. Según el artículo 146 del C.C.A. para la procedencia de la intervención de terceros en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho deben concurrir dos elementos, uno de oportunidad y otro subjetivo. En cuanto al primero se advierte que la parte coadyuvante o tercero interviniente lo debe hacer *hasta antes del vencimiento del término de traslado para alegar de conclusión en primera o en única instancia* y no con ocasión de la interposición del recurso de apelación. En cuanto al elemento subjetivo del artículo 146 del C.C.A., esto es el interés directo en las resultas del proceso, se reitera lo expuesto en jurisprudencia anterior toda vez que el interés que aduce no hace parte del asunto litigioso que fue objeto de análisis ante el Tribunal, es decir la *legalidad* de los actos administrativos expedidos por la Tesorería del Departamento de La Guajira dentro de un proceso de cobro coactivo. En efecto, resulta ajeno a la relación

jurídico procesal entre el ente demandado y la sociedad demandante, los honorarios pactados por el ente territorial y el actor en virtud de un contrato de asesoría y consultoría, pues ellos no son ni objeto de la controversia ni se derivan de ella. Por otra parte el coadyuvante no puede efectuar actos que estén en oposición con los de la parte que ayuda, como en este caso que el demandante pretende apoyar a la parte demandada -Departamento de La Guajira- quien no apeló la sentencia de primera instancia y por tanto el recurso del coadyuvante constituiría un acto en oposición a los actos procesales del ente demandado.

Auto del 30 de abril de 2008. Exp. 2006-00088-01(17023), M.P. MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA

SECCIÓN QUINTA

1. PROVISIÓN DE VACANTES EN LAS CORPORACIONES PÚBLICAS CUANDO LA LISTA SE INSCRIBE CON VOTO PREFERENTE

Los arts. 134 Y 261 de la Constitución, en cuanto establecen que las vacantes de las corporaciones públicas serán provistas por los candidatos no elegidos en el orden de inscripción de las respectivas listas, guardaban armonía con el sistema de distribución de curules por cuociente electoral previsto en el art. 263 original de la Constitución de 1991, porque en ese sistema la asignación de curules se hacía en el orden de inscripción de los candidatos de una lista electoral o lista cerrada. Sin embargo, el art. 13 del A.L. 1 de 2003 permitió la inscripción de candidatos en listas con voto preferente, situación no regulada de manera expresa por los artículos constitucionales mencionados.

Con base en la interpretación sistemática de los artículos superiores 134, 261 y 263A, se concluye que los dos primeros, en cuanto reglamentan el llamado para proveer vacantes en las corporaciones públicas, fueron modificados por el art. 263A que instituyó las listas con voto preferente, en el sentido de que cuando los miembros de las corporaciones públicas hayan sido elegidos en dichas listas, el llamado recaerá sobre los candidatos no elegidos de la misma en orden de votación.

En el caso concreto, si el Partido Liberal Colombiano inscribió lista con voto preferente para las elecciones de Senado (2006-2010), el Dr. Juan Manuel López Cabrales fue declarado elegido Senador por dicha lista y, ante la suspensión provisional de su cargo fue llamada la demandada por ser la candidata no elegida con el mayor número de votos, el acto acusado se ajusta a lo dispuesto por los Arts. 134, 261 y 263A, cuya interpretación sistemática condujo a la Sala a la

conclusión de que la provisión de vacantes en las corporaciones públicas cuando la lista se inscribió con voto preferente debe hacerse con los candidatos no elegidos de la lista reordenada de acuerdo con la cantidad de votos que obtuvieron.

Sentencia de 24 de abril de 2008. Exp. 2007-00043-00. M.P. MAURICIO TORRES CUERVO.

2. LA INCORRECTA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE LA CIFRA REPARTIDORA LLEVÓ A LA NULIDAD DE LA ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

La Sala declara la nulidad del Acta de Sesión Plenaria de 30 de agosto de 2006 del Congreso de la República, por la cual se eligió a los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, al encontrar que el sistema de la cifra repartidora estatuido en el art. 263A Constitucional (adic. A.L. 01/03) fue aplicado erróneamente.

La asignación de curules o cargos con fundamento en el sistema de cifra repartidora, previsto en el artículo superior 263A, se realiza con base en una división simple que permite determinar cuántas veces cabe la cifra repartidora en el total de los votos de cada lista. De ello se obtiene el número de curules o cargos a que tiene derecho cada lista o movimiento y, en caso de que más de una lista tenga derecho a la última curul a proveer debido a la coincidencia en el número de votos obtenidos debe observarse cuál tiene la mayor fracción decimal.

La correcta aplicación del sistema de cifra repartidora debe corresponder al sistema Constitucional Colombiano, en el que el sistema D'Hont ha sido implementado con la variante consagrada en el art. 263A, adicionado con el A.L. 01/03 y es que cada lista obtiene tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos, lo cual coincide con el sentido de la reforma política en el entendido de que se ven favorecidos los partidos que mayor votación obtuvieron y que se agruparon para lograr la votación más alta, como es el caso de la plancha número 5 -Coalición Polo Democrático y Alas Equipo Colombia- con 38 votos, reflejando así una mayor representatividad frente al Movimiento que obtuvo 31 votos. Es importante resaltar que en el presente caso no se presentó un empate, pues la cifra decimal más alta la obtuvo la plancha número 5, en relación con la 3, por lo que no puede acudir al artículo 183 del Código Nacional Electoral para dilucidar la controversia.

Sentencia de 24 de Abril de 2008. EXP. 2006-00175-01 Acumulados, M.P. DR. FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. CONGRESISTAS. SUPLENCIA DE VACANCIA TEMPORAL.

En materia de faltas absolutas o temporales de los miembros de las corporaciones públicas, el artículo 134 de la Constitución Nacional dispone que las mismas serán suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral. En igual sentido se refiere el inciso primero del artículo 261 Superior, el cual además establece las situaciones que configuran faltas absolutas y faltas temporales.

Para el caso concreto, de conformidad con la lista enviada en el escrito de consulta, entre las personas que en el Partido Político de Cambio Radical siguen en orden descendente y sucesivo para ser "llamados" a desempeñar la vacante transitoria dejada por el doctor Germán Vargas Lleras, la mesa directiva del Senado de la República debe llamar al señor TONY JOZAME AMAR, toda vez que los señores Ramón Elías López Sabogal, Humberto Builes Correa y Elsa Gladys Cifuentes, asumieron las curules dejadas por los Senadores Mario Londoño Arcila, Luís Carlos Torres Rueda y Reginaldo Montes Álvarez, respectivamente. No pueden ser llamados los señores José Renán Trujillo García y César Laureano Negret Mosquera por cuanto no aceptaron oportunamente el llamado que se les hizo anteriormente para suplir vacantes temporales y definitivas. Si el señor Tony Jozame Amar no acepta debe llamarse a la persona que en orden descendente continúa en la misma lista.

Concepto 1891 del 17 de abril de 2008. M.P: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Solicitante: Ministerio del Interior y de Justicia. Autorizada la publicación el 8 de mayo de 2008.

2. CONGRESISTAS. IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. TRÁMITE.

Considera la Sala que los conflictos de intereses se presentan respecto de un determinado proyecto o asunto, de manera que el congresista, aunque ostente la calidad de presidente, sólo debe sustraerse de la discusión y votación de aquel para el cual se ha configurado el impedimento; por tanto debe retirarse de la sesión a partir del momento en que formula su advertencia de impedimento a la Mesa Directiva respectiva, y regresar cuando se pase a otro punto o tema del orden del día.

A partir del momento en que se le acepte el impedimento el congresista debe retirarse de la sesión, la cual podrá continuar de acuerdo con las normas constitucionales vigentes en materia de quórum y

mayorías, de manera que si el número plural de miembros que declara tener un conflicto de intereses afecta las reglas mínimas exigidas a este respecto, la corporación estaría imposibilitada para tomar una decisión sobre dicho asunto.

En otras palabras, si el número de miembros de la Corporación que se declaran impedidos por tener interés directo en el asunto que es objeto de debate, es tal que resulta imposible ajustar el quórum y las mayorías que se requieren para la decisión, habría que afirmar que la Corporación definitivamente no puede pronunciarse sobre dicho asunto, puesto que cualquiera otra interpretación contraría los principios constitucionales que garantizan los mínimos de pluralidad necesarios para respetar los fundamentos mismos de la representación democrática.

De acuerdo con lo expuesto en este concepto, el impedimento que surge por la manifestación de un conflicto de intereses no constituye causal de vacancia, sino que excusa al congresista para participar en el debate y la respectiva votación, razón por la cual, como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, aquel debe retirarse del recinto con el fin de evitar interpretaciones sobre una posible participación por pasiva, que eventualmente podrían conducir a una pérdida de investidura.

Concepto 1883 del 15 de abril de 2008. M.P: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Solicitante: Ministerio del Interior y de Justicia. Autorizada la publicación el 8 de mayo de 2008.

3. RÉGIMEN DE INHABILIDADES APLICABLE A LOS ASPIRANTES AL CARGO DE PERSONERO DEL DISTRITO CAPITAL

De acuerdo con lo previsto en el artículo 2° de la ley 1031 de 2006, un funcionario que se desempeñe en el cargo de Procurador Distrital de Bogotá, durante el año inmediatamente anterior a la elección no está inhabilitado para postularse y ser elegido como personero del Distrito Capital. En efecto, el régimen de inhabilidades del artículo 2° de la ley 1031 de 2006 que modificó el artículo 97 del decreto ley 1421 de 1994 y el previsto en el artículo 174 de la ley 136 de 1994, son distintos en cuanto a su naturaleza y ámbito de aplicación, pues mientras, el primero, es especial y posterior para quienes aspiren a ocupar el cargo de personero en el Distrito Capital, el segundo, es general y aplicable a quienes aspiren a ocupar esa misma posición en los demás municipios y distritos del país.

Al existir en las normas especiales del Distrito Capital una disposición que expresamente regula el régimen de inhabilidades aplicable al personero del Distrito Capital y los presupuestos normativos para que dichas inhabilidades se configuren, no es dable hacer

extensivas las causales de inhabilidad previstas para los personeros municipales y distritales en el artículo 174 de la ley 136 de 1994. En consecuencia, las causales de inhabilidad aplicables a los candidatos al cargo de personero del Distrito Capital son las que taxativamente prevé el artículo 2° de la ley 1031 de 1997, es decir, haber sido concejal o haber desempeñado cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito Capital, durante el año anterior a la elección, o en cualquier época haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados por faltas a la ética profesional.

De otro lado, en el proceso de elección del personero del Distrito Capital, eventualmente, podría presentarse un conflicto de intereses que impida a un concejal participar en la elección del personero del Distrito, cuando al mismo se presente el procurador distrital de Bogotá que se encuentra adelantando una investigación en su contra. En ese caso hipotético, el interés directo del concejal investigado estaría representado en las resultas del proceso en curso, que dependería de la gestión administrativa que realice el procurador que se encuentre optando al cargo de personero de Bogotá y, el interés general, en que el nombramiento de la persona que sea más idónea para desempeñar las funciones esté rodeado de todas las garantías que la Constitución y la ley exigen para el ejercicio de la función pública.

El interés directo como causal para que un servidor público tenga que declararse impedido debe ser cierto, real y analizarse en cada caso concreto, por tanto, para que un miembro del Concejo del Distrito Capital, tenga que declararse impedido para participar en la elección del personero de Bogotá, se requerirá no solamente que curse una investigación en su contra, sino que dicha investigación esté a cargo del procurador distrital con facultad disciplinaria que aspire a ser nombrado personero del distrito.

Concepto 1864 del 6 de diciembre de 2007. M.P: Gustavo Aponte Santos. Solicitante: Ministerio del Interior y de Justicia. Autorizada la publicación el 14 de enero de 2008.

4. CONTABILIZACIÓN DEL TIEMPO DE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO PARA LOS NOTARIOS INTERINOS.

La experiencia profesional, exigida como requisito para ser designado como notario en interinidad, debe contarse “desde la fecha de obtención del respectivo título,” según las voces del párrafo 1° del artículo 4° de la ley 588 de 2000. El párrafo en cita adoptó una decisión, que no ofrece la menor duda, acerca del momento a partir del cual la experiencia en las áreas jurídicas se comienza a contar para los aspirantes a

notarios que se presenten al concurso correspondiente, que es la obtención del título profesional. La posible ambigüedad del artículo 140 del Estatuto Notarial, que definía la prueba de la calidad de abogado con el diploma, el acta de grado o la tarjeta profesional, se supera claramente en el párrafo copiado.

De igual forma, al repasar las normas legales del Estatuto del Notariado y de la ley 588 de 2000, no encuentra la Sala una disposición de rango legal que permita desempeñar el cargo de notario en interinidad sin el lleno de los requisitos necesarios para la categoría del círculo notarial correspondiente. Por el contrario, la primera parte del artículo 141 del mismo Estatuto exige que tanto para la confirmación del cargo como para la posesión, se requiere acreditar “los correspondientes requisitos legales” agregando al final del párrafo que “sin el cumplimiento de tales formalidades no podrá

procederse a la posesión, salvo el caso de encargo.” Entonces, con excepción del encargo, para el desempeño de la función notarial tanto en propiedad como en interinidad (De acuerdo con el artículo 145 del Decreto ley 960 de 1970, el cargo de notario puede ser desempeñado “en propiedad, en interinidad o por encargo.” Exequible, sentencias C- 741-98 y C-153-99), se requiere acreditar la totalidad de los requisitos legales, que como se expuso antes, son los comunes a todas las categorías de notarías y los especiales para cada una de ellas.

Concepto 1858 del 15 de noviembre de 2007. M.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Solicitante: Ministerio del Interior y de Justicia. Autorizada la publicación el 30 de enero de 2008.

NOTICIAS DESTACADAS

CONOZCA LOS ELEMENTOS PARA UN NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y PARTICIPE EN EL DEBATE PARA SU CONSTRUCCIÓN

Ya se encuentra en la página web del Consejo de Estado www.consejodeestado.gov.co SECCIÓN COMISIÓN REFORMA CCA ► **DOCUMENTOS**, el documento de trabajo de la Comisión de Reforma del Código Contencioso Administrativo creada por el Decreto 4820 de 2007.

Este escrito presenta una síntesis de los estudios y razonamientos preliminares de la Comisión de Reforma del Código Contencioso Administrativo, acerca de los diversos aspectos, principios y orientaciones que deberían inspirar el nuevo Código. El texto se ha estructurado a partir del temario que el Consejo de Estado preparó para deliberar sobre el nuevo Código Contencioso Administrativo en el Seminario celebrado en *Paipa los días 12, 13 y 14 de febrero de 2008*, y recoge sus reflexiones y propuestas, así como las opiniones iniciales de los demás integrantes de la Comisión de Reforma del C.C.A., en especial del Ministerio del Interior y de Justicia, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

El documento se compone de dos partes. La primera versa sobre el libro primero del Código Contencioso Administrativo, que trata de los procedimientos administrativos. La segunda parte se refiere al libro segundo del Código, que trata del control jurisdiccional de la actividad administrativa.

Con la presente publicación la Comisión de Reforma del C.C.A. desea brindar una información amplia de sus trabajos, así como recabar de los integrantes de la Rama judicial, de los abogados, del sector académico y de la opinión pública en general sus valiosas opiniones y contribuciones, a fin de enriquecer con ellas el proceso de reforma del Código Contencioso Administrativo.

Los comentarios y propuestas podrán remitirse vía correo electrónico a:

reformacca@consejodeestado.ramajudicial.gov.co

O hacerse llegar a: **Comisión Reforma Código Contencioso Administrativo**

Dirección: Calle 12 # 7-65 PBX: (571) 3506700 Fax: (571) 3506700

Bogotá D.C., Colombia

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 **2008** y descárguelas. Para cualquier inquietud escribanos a: boletin@consejodeestado.ramajudicial.gov.co

CONSEJO EDITORIAL

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

JAIME MORENO GARCÍA
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Marco Antonio Velilla Moreno
Presidente Sección Primera
Bertha Lucía Ramírez De Páez
Presidente Sección Segunda
Myriam Guerrero de Escobar
Presidente Sección Tercera
María Inés Ortiz Barbosa
Presidente Sección Cuarta
Susana Buitrago Valencia
Presidente Sección Quinta
Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

Coordinación General

- **Marcela Zuluaga**
Secretaria Privada de Presidencia
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

- **Luisa Fernanda Berrocal**
Jefe de Prensa y Comunicaciones
Teléfono 3506700 Ext. 2117