



República de Colombia
Consejo de Estado

Publicación Quincenal

BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

No 29 - Agosto 18 de 2008
BOGOTÁ, COLOMBIA

Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 3
• Sección Primera	3 - 5
• Sección Segunda	5 - 7
• Sección Tercera	7 - 9
• Sección Cuarta	9 - 10
• Sección Quinta	10 - 12
• Sala de Consulta	12 - 13
• Noticias Destacadas	13 - 14

Noticias destacadas

- **XIV ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**
10 AL 12 DE SEPTIEMBRE
CALI, VALLE
- **LA AGENCIA ALEMANA PARA LA COOPERACIÓN TÉCNICA - GTZ - Y EL CONSEJO DE ESTADO REALIZARÁN FORO INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO -**
Viernes 29 de agosto
Hotel Tequendama,
Bogotá.

EDITORIAL

La Jurisdicción Contencioso Administrativa, recibió el comunicado de prensa N. 31 de la Corte Constitucional, en el que se precisan los resultados de la revisión de constitucionalidad previa e integral de la reforma a la ley 270 de 1996; de allí que, invito a toda la comunidad jurídica y especialmente a los funcionarios y empleados de la esta jurisdicción para que analicen las implicaciones de esta reforma, así como el alcance y contenido de la sentencia de constitucionalidad una vez se publique el texto en su integridad.

Damos la bienvenida al doctor Luis Rafael Vergara Quintero, quien tras una larga y destacada trayectoria al interior de la Rama Judicial, fue elegido nuevo Consejero de Estado de la Sección Segunda, Subsección A. Le auguramos éxitos en su nueva labor con el convencimiento de que su designación enriquecerá la jurisprudencia contencioso administrativa.

Finalmente, despedimos al doctor Juan Ángel Palacio Hincapié, quien culminó su período en la Corporación, deseándole un promisorio futuro en los proyectos que ahora emprende y ratificándole nuestro sentimiento de reconocimiento y aprecio.

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

SE ORDENA PROTEGER EL DERECHO COLECTIVO A LA SEGURIDAD Y PREVENCIÓN DE DESASTRES PREVISIBLES TÉCNICAMENTE CON ESTUDIOS DE VULNERABILIDAD SÍSMICA EN MUNICIPIO DE GUADALUPE

En síntesis, solicita que se tomen las medidas necesarias para realizar los estudios de vulnerabilidad sísmica que son determinados como obligatorios para las denominadas *edificaciones indispensables* y *de atención a la comunidad*, y en especial en donde se encuentra el Comité Local de Atención de Desastres del Municipio de Guadalupe y la Central de Operación y Control de Líneas Vitales de Suministro de Agua. La Sala resalta que según el APÉNDICE A-3 VALORES DE Aa Y Ad Y DEFINICIÓN DE LA ZONA DE AMENAZA SÍSMICA DE LOS MUNICIPIOS COLOMBIANOS, el Municipio de Guadalupe tiene 0.30 de amenaza sísmica alta. Por tanto, al ser la oficina donde funciona el Comité Local de Atención de Desastres y la Central de Operación y Control de Líneas Vitales de Suministro de Aguas del Huila edificaciones

de atención a la comunidad y al ser el Departamento del Huila y sus Distintos Municipios considerados como de amenaza sísmica alta se encuentra más que claro el deber que tienen éstas de realizar los estudios de vulnerabilidad sísmica en dichas construcciones como lo ordena la ley, es decir que al no realizarse los estudios pertinentes se estaría vulnerando el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

Sentencia de 24 de julio de 2008. Exp. 2005-00727-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

TUTELAS

1. SE ORDENA A ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS MÉDICOS SUFRAGAR LOS GASTOS DE TRASLADO DE MENOR DISCAPACITADO PARA PRACTICAR EVALUACIONES MEDICAS Y GARANTIZAR SU CONTINUIDAD

La Corte Constitucional ha establecido condiciones específicas para lograr que la entidad prestadora del servicio de salud a la que se encuentre afiliado el paciente proporcione los gastos de traslado al sitio donde se realiza el tratamiento médico así: 1) Que el paciente no puede desplazarse por sus propios medios o que se encuentra en una clara situación de vulnerabilidad, tal es el caso de los menores y las personas de tercera edad. 2) Que la compañía sea indispensable para el viaje, en tanto que sin ella no podría recuperar su salud. 3) Que su familia no puede costear los gastos del acompañante. Los requisitos mencionados se encuentran suficientemente acreditados con el diagnóstico de los médicos del Hospital Militar que acreditan la discapacidad mental del menor Raul Esteban y la certificación en la que constan los ingresos mensuales del padre que evidentemente no alcanzan para mantener una familia de 5 personas y pagar tiquetes aéreos que superan los \$500.000. En adelante, le compete a la entidad demandada garantizar la continuidad de las evaluaciones médicas que debe recibir el menor, bien sea en la ciudad en la que reside el niño o en sitios aledaños siempre que acredite la especialidad y confiabilidad de los centros médicos que prestan servicios médicos relacionados con discapacidad mental y más aún, tratándose de un menor de edad.

Sentencia del 31 de julio del 2008. Exp. No 00133-08, M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PÁEZ

2. ACCESO A PROYECTOS PRODUCTIVOS Y SUBSIDIO DE VIVIENDA PARA DESMOVILIZADOS ESTÁN SOMETIDOS AL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES

Se decide en esta providencia si los beneficios de que gozan los desmovilizados operan en virtud de su calidad

o se requiere, por parte de aquellos, el cumplimiento de requisitos legales.

Para acceder al proyecto productivo (o de reinserción económica) según la Resolución 513 de 2005 deben cumplirse obligatoriamente los siguientes requisitos: a) Fotocopia de la cédula, b) fotocopia del CODA y/o carnet, c) certificación bancaria vigente, d) fotocopia del carnet o carta de salud, e) fotocopia de certificado de estudio de 5° grado de básica primaria, f) fotocopia de certificado- mínimo 300 horas de capacitación técnica coherente con su plan de negocio y g) diligenciar la ficha del plan de negocio (ACR). Además de los anteriores requisitos el desmovilizado al formular el proyecto productivo debe aportar soportes, tales como cotizaciones de los proveedores de insumos según la clase de negocio que pretenda iniciar, entre otros requerimientos para que pueda ser estudiada su viabilidad. En este aspecto, sostiene la ACR que los participantes del programa no pueden pretender que se desembolse el dinero sin antes verificar si el proyecto es viable o no. Aclara además la ACR que el dinero no se desembolsa directamente al participante sino al proveedor o proveedores escogidos por el primero, de manera que le entregue los bienes o servicios necesarios para iniciar el negocio.

Sentencia del 24 de julio de 2008. Exp. AC-2008-00473. M.P. Dr. MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

3. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN FUERZAS MILITARES - LA PRÓRROGA DEL SERVICIO DESPUÉS DEL RETIRO EXIGE QUE LA ENFERMEDAD O LESIÓN SE PRODUZCA EN EL SERVICIO, POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO

La excepción a la mentada regla tiene que ver con la posibilidad de que aún siendo desvinculado del régimen de la Policía Nacional por haber culminado el servicio militar o por retiro debido al padecimiento de una enfermedad o lesión, la protección de dicho sistema se extienda o amplíe de manera que le sea brindada asistencia médica hasta tanto no haya cesado el padecimiento, siempre que la lesión o enfermedad haya sido causada o contraída durante la prestación del servicio militar y con ocasión de actividades propias del mismo. Sin embargo, se reitera que en aras a que sea aplicable tal regla es necesario que se demuestre que la lesión o enfermedad haya sido causada o contraída durante la prestación del servicio militar; y ello es posible certificarlo a través del dictamen que por mandato del Decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000 debe elaborar una Junta Médica Laboral de las Fuerzas Militares como organismo y autoridad competente y creada para el efecto. En concordancia con lo anterior, el artículo 15 del Decreto citado enlista algunas de las funciones de la mencionada Junta, al tenor dispone lo siguiente: (...). A su turno, el artículo 24 de la misma normativa reza de la siguiente forma: (...). Ahora bien,

según se desprende del examen del Exp., particularmente de los dictámenes rendidos por la Junta Médica Laboral visto a folios 9 a 15 de este cuaderno, que al registrar la imputabilidad al servicio se dejó constancia de que las lesiones fueron producidas “En el servicio por causa y razón del mismo, es decir, Accidente de Trabajo”. En tal sentido, es claro que se reúnen los presupuestos señalados por la Corte Constitucional como necesarios para que por vía de tutela se ordene la continuidad en la prestación del servicio médico al actor pese a que se encuentre desvinculado del cuerpo militar, toda vez que, existe certeza de la afectación a la salud del actor y de que la misma fue padecida durante la prestación del servicio militar.

Sentencia del 24 de junio de 2008. Exp. 2008-00071-01. M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

SECCIÓN PRIMERA

1. REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LA NOMENCLATURA ARANCELARIA - ANTE DOS O MÁS POSICIONES APLICABLES A UN MISMO BIEN DEBE DARSE PRIORIDAD A LA MÁS ESPECÍFICA

Las anteriores partidas y subpartidas pertenecen al Arancel de Aduanas adoptado mediante el Decreto 2317 de 26 diciembre de 1995, que incorpora la Nomenclatura Común de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena (NANDINA), que a su vez incorpora la modificación del Sistema Armonizado aprobado por la Organización Mundial de Aduanas, el cual fue actualizado mediante el “Convenio internacional del sistema armonizado de designación y codificación de mercancías”, y definido en ese convenio al decir que en él se entenderá “Por sistema armonizado de designación y codificación de mercancías, llamado en adelante sistema armonizado: la nomenclatura que comprenda las partidas, subpartidas y los códigos numéricos correspondientes, las notas de las secciones, de los capítulos y de las subpartidas, así como las reglas generales para interpretación del sistema armonizado que figuran en el anexo al presente convenio”. En dicho decreto se incluyen reglas de interpretación de la nomenclatura COMUN-NANDINA 1996, que en lo que aquí interesa indican la siguiente: (...). Además, la Sala, en posterior sentencia y respecto del producto objeto de la presente controversia, CATO SIZE 52 A, llegó a la misma conclusión, al decir que “...colige la Sala que la DIAN no le dio el alcance correcto a la regla 3 de interpretación de la nomenclatura arancelaria, pues de su texto se infiere con claridad que si existen dos o más posiciones aplicables a un mismo bien, como podría ocurrir en este caso en que las propiedades químicas de los productos permiten encajarlos en la partida 35.05 ó 38.09, debe

darse prioridad a la más específica, que en el evento sub examine es la 38.09, ya que de acuerdo con el dicho de los expertos, los aditivos contenidos en los productos los hacen distintos de los almidones modificados de los que provienen.”. Seguidamente se agregó que “...aceptando, en gracia de discusión, que en este caso las dos partidas arancelarias son específicas, de acuerdo con las reglas antes reseñadas, cuando las reglas 3 a) y 3 b) no permitan efectuar la clasificación, la mercancía se clasificará en la última partida por orden de numeración entre las susceptibles de tenerse razonablemente en cuenta, de donde resulta que la partida 38.09, referida a aprestos y productos de acabado utilizados en la industria del papel, es de posterior numeración a la 35.05.”. Así las cosas, la sentencia apelada se encuentra ajustada a la situación procesal, por lo cual se ha de confirmar, como en efecto lo será en la parte resolutive de esta sentencia, sin necesidad de más consideraciones sobre el asunto.

Sentencia del 24 de julio de 2008. Exp. 2001-03081-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

2. CONSUMIDOR MEDIO NO TIENE RIESGO DE CONFUSIÓN DIRECTA ENTRE LOS SIGNOS VIGRADINA, VIGRAFIL Y VIAGRA AL NO EXISTIR SIMILITUD ENTRE ELLOS

Entre las marcas “VIGRADINA” - “VIGRAFIL” - “VIAGRA”, se observa: VIGRADINA: está conformada por cuatro vocales, cinco consonantes, ocho letras y cuatro sílabas. VIGRAFIL: por tres vocales, cinco consonantes, ocho letras y tres sílabas. VIAGRA: por tres vocales, tres consonantes, seis letras y dos sílabas. Así las cosas, se observa que entre las marcas “VIGRADINA” y “VIGRAFIL”, hay una mayor similitud que entre “VIGRADINA” y “VIAGRA”, pues a pesar que el número de vocales difiere entre las dos primeras (4 contra 3) coinciden en el orden sus tres primeras I - A - I, mientras que frente a “VIAGRA”, solo coinciden las dos primeras. Referente a las consonantes, la marca “VIGRADINA” se asemeja a “VIGRAFIL” solo en las tres primeras V - G - R, en igual forma con respecto a “VIAGRA”. En lo tocante a las “raíces”, puede afirmarse que únicamente coinciden las marcas “VIGRADINA” y “VIGRAFIL” en VIGRA, mientras que entre “VIGRADINA” y “VIAGRA” difieren ostensiblemente VIGRA - VIA; y en cuanto a sus desinencias son bien diferentes: DINA en VIGRADINA, FIL en VIGRAFIL y GRA en VIAGRA. Ahora bien, al ubicarnos en el lugar del consumidor medio, el impacto o la visión de conjunto de las marcas no reflejan frente al anterior análisis, que sus semejanzas sean suficientes para afirmar que exista riesgo de confusión directa, veamos: VIGRADINA - VIGRAFIL - VIGRADINA - VIGRAFIL / VIGRADINA - VIAGRA - VIGRADINA - VIAGRA. Las terminaciones de las palabras marcan una gran diferencia, que hacen que sus similitudes sean irrelevantes frente al riesgo de

confusión directa, pues el consumidor no tendría por qué tomar un producto con la marca "VIGRADINA" cuando lo que requiere es el producto con la marca "VIGRAFIL" o "VIAGRA".

Sentencia del 24 de julio de 2008. Exp. 2002-00411-01, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

3. COOPERATIVAS - INDEPENDIENTEMENTE DE LA CLASE, SUS ASOCIADOS DEBEN ESTAR AFILIADOS AL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Las anteriores consideraciones, si bien es cierto que se refieren a una disposición proferida en el 2004, es decir, con posterioridad a los actos acusados (2001), también lo es que no hacen cosa distinta que confirmar que independientemente de la clase de cooperativa de que se trate, esto es, especializadas (dentro de las cuales se encuentran las de trabajo asociado), multiactivas o integrales, sus asociados tienen que estar afiliados al Régimen de Seguridad Social en Salud, establecido por la Ley 100 de 1993 y, por tanto, dicha normativa expresamente impuso a las de trabajo asociado la obligación de consagrar en sus estatutos, reglamentaciones, regímenes de compensaciones, previsión y seguridad social, la obligatoriedad, entre otros, de los aportes a la salud. La Sala concluye que la multa impuesta a COMUNA por la Superintendencia Nacional de Salud en cuanto no dio cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 161 de la Ley 100 de 1993 se encuentra ajustada a derecho y, en consecuencia, por este aspecto confirmará la sentencia apelada.

Sentencia del 17 de julio de 2008. Exp. 2002-00151, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

4. EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL - FACULTAD DEL DIRECTOR DEL DAS O SUS DELEGADOS

El artículo 143 del Decreto 2107 de 2001 "Por el cual se dictan disposiciones sobre la expedición de visas, control y regularización de extranjeros y se dictan otras disposiciones en materia de inmigración" establece en su numeral 2: "El Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o sus delegados, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar, podrá ordenar mediante resolución motivada la expulsión del territorio nacional, del extranjero que esté incurso en cualquiera de las causales mencionadas a continuación: (...) 2. Haber incurrido en conductas que, a juicio de la autoridad migratoria, califican al extranjero como peligroso para la seguridad o el orden público, o la tranquilidad social.(...)" La anterior norma es clara en señalar la facultad que tiene el Director del Departamento Administrativo de Seguridad o alguno de sus delegados de expulsar del territorio nacional a los extranjeros que hayan incurrido en conductas que los califiquen de peligrosos para la seguridad, el orden

público o la tranquilidad social. Al respecto considera la Sala que aunque la calificación de peligroso para la seguridad, el orden público o la tranquilidad social la da el funcionario correspondiente en el Departamento Administrativo de Seguridad, existe una limitación clara y es la motivación del acto administrativo que declare la expulsión, la cual se impone no sólo por el mencionado artículo sino también por el artículo 59 del C.C.A que exige la motivación de las decisiones definitivas con sus aspectos de hecho y de derecho, y en los de conveniencia, si es del caso.

Sentencia de 19 de junio de 2008. Exp. 2003-00285-01, M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

5. CANCELACIÓN DE ACTOS DE REGISTRO REQUIERE PRUEBA DEL TÍTULO U ORDEN JUDICIAL / LEGALIDAD DE CONTRATO DE FIDUCIA CORRESPONDE A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

De conformidad con la anterior disposición, lo que hizo la oficina de registro, fue, en primer lugar, registrar en los folios de matrícula inmobiliaria 50C-548638 y 50C-139491, el acto o contrato de transferencia de dominio de los inmuebles en ellos mencionados a título de fiducia mercantil irrevocable en garantía, que se suscribió mediante la escritura pública N° 7873 de 24 de agosto de 1994, entre el actor y la sociedad Fiduciaria Empresarial S.A. Fiduempresa S.A.; en segundo lugar, la oficina de Registro registró las correcciones que mediante escritura pública N° 3098 del 3 de abril de 1996 hizo el fiduciario como propietario del inmueble en virtud del contrato de fiducia pues en la escritura por la cual se suscribió el contrato de fiducia mercantil irrevocable en garantía, esto es la escritura N° 7873, al inmueble señalado en la cláusula primera, numeral 1.4.2. y en la cláusula segunda 2.4.2 erradamente se le señaló una dirección y un folio de matrícula equivocados. Entonces la actuación de la Registradora se ajustó a la normatividad al registrar las anotaciones acusadas, que dejaron constancia en la respectiva matrícula inmobiliaria, de la afectación que sufrieron los inmuebles por el contrato de fiducia celebrado mediante escritura pública, el cual no ha sido declarado nulo por el juez ordinario quien es el competente y no esta jurisdicción contencioso administrativa, a quien sólo le corresponde, en este caso el estudio de la legalidad del acto administrativo de registro. Ahora bien, de conformidad con los artículos 39 a 42 del Decreto 1250 de 1970 que regulan la cancelación del registro o inscripción, para la cancelación de un registro o inscripción es necesario presentar la prueba al registrador de la cancelación del respectivo título, o la orden judicial en tal sentido. La prueba de la cancelación del respectivo título o acto o la orden judicial al respecto, no fue allegado por el actor. Su censura se limita a alegar la nulidad del contrato de

fiducia y su corrección. Como ya se dijo, dicho contrato de fiducia efectuado mediante escritura pública es un documento privado cuya examen de legalidad le corresponde a la jurisdicción ordinaria, razón por la cual no le es dable a esta jurisdicción entrar a pronunciarse sobre su contenido; si bien es cierto que a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos les compete calificar las distintas clases de títulos, ello no significa que deban adentrarse sobre la legalidad de las mismas, pues, de hacerlo, usurparían la competencia de los jueces ordinarios.

Sentencia de 05 de junio de 2008. Exp. 2001-00305-01, M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

* Con salvamento de voto del Consejero CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

SECCIÓN SEGUNDA

1. a) LA INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO POR EL VENCIMIENTO DEL TÉRMINO LEGAL DE LA PROVISIONALIDAD ES UN ACTO REGLADO Y EN RELACIÓN CON LO PRESCRITO EN EL ORDENAMIENTO LEGAL ES QUE DEBE RECAER EL CONTROL JURISDICCIONAL

Frente a los cargos de carrera desempeñados por empleados en provisionalidad ha imperado la tesis según la cual éstos se asimilan en su tratamiento a los de libre nombramiento y remoción, predicándose el ejercicio de la facultad discrecional para su retiro mediante acto administrativo que no requiere motivación, presumiendo razones objetivas para su retiro, el mejoramiento del servicio. Sin embargo, cuando existe una motivación clara y expresa dentro del acto de insubsistencia de un empleado provisional, ya no opera la presunción referida y en su control jurisdiccional, se atiende a la Administración a las razones de hecho y de derecho consignadas en dicho acto por cuanto constituye entonces un acto reglado. Así, la facultad discrecional no puede aducirse en estos casos y por ende no pueden presumirse las razones objetivas de mejoramiento del servicio, sino que en ejercicio de una facultad reglada y con expresión de la misma, el acto se sujeta a lo prescrito en el ordenamiento al respecto y la revisión de los cargos de nulidad de que se acuse, debe instruirse al tenor de su contenido pues lo contrario implicaría un cambio de motivación desde todo punto de vista ilegal. Los motivos consignados en el acto por el cual se retiró del servicio al demandante son el vencimiento del término de duración de 4 meses previsto para los nombramientos en provisionalidad en el Decreto Reglamentario 1572 de 1998, sin que mediara la prórroga del mismo, frente a lo cual, la norma ordena declarar la insubsistencia del nombramiento.

b. INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD POR VENCIMIENTO DEL TÉRMINO LEGAL DE LA PROVISIONALIDAD NO PROCEDÍA HASTA LA CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC- Y SE CONVOCARA A CONCURSO. FALSA MOTIVACIÓN -CUANDO LA NORMA QUE SUSTENTA EL ACTO ADMINISTRATIVO PIERDE LAS CONDICIONES DE EJECUTORIEDAD.

El Decreto 1572 de 1998 establece la perentoriedad del término de duración de los cargos en provisionalidad no obstante debe observarse que la provisión bajo esta modalidad se autoriza únicamente cuando previamente se ha convocado a concurso, lo que sin duda alguna justifica el término señalado para su duración pues se supone que dentro del mismo debe agotarse el proceso de selección respectivo. Con ocasión de la Sentencia C-372-99 de la Corte Constitucional, a partir del 12 de julio de 1999, las Entidades Públicas regidas por la Ley 443 de 1998 perdieron competencia para convocar los procesos de selección tendientes a proveer los cargos de carrera administrativa, quedando como una competencia exclusiva de la C.N.S.C, que a su vez desapareció al declararse inexecutable los artículos 44, 46 y 47 ibidem, que la organizaba y reglamenta. Lo anterior no impidió que las Entidades proveyeran los cargos de carrera vacantes mediante nombramientos en encargo o en provisionalidad, en tanto, se les facultó temporalmente para tal efecto en aras de cubrir las apremiantes necesidades del servicio. Por lo expuesto, el periodo de duración inicialmente establecido para dichos nombramientos transitorios se hizo inoperante pues la razón de ser del mismo declinó ante la imposibilidad de convocar los concursos respectivos para la provisión definitiva de los cargos de carrera administrativa en ausencia del órgano competente. Por ende, la facultad ejercida por el nominador con fundamento en el vencimiento del término de la provisionalidad constituye una falsa motivación.

Sentencia del 26 de junio de 2008. Exp. 2001-01916, M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

2. SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ NO SE PIERDE POR EL BENEFICIARIO EN RAZÓN DE UNA ANOTACIÓN INFORMAL DE "SEPARADA" EN UN DOCUMENTO PÚBLICO.

En cuanto al conyugue supérstite se señala, artículo 7 del Decreto 1160 de 1989 la pérdida del derecho cuando en el momento del deceso del causante no hubiere vida común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o habersele impedido su acercamiento o compañía, hecho que debe demostrarse sumariamente. Asimismo, prevé el Artículo 14 ibidem el deber probatorio de los beneficiarios de acreditar idóneamente el estado civil y parentesco respecto del

causante, señalando como prueba válida los registros notariales o en su defecto las partidas eclesiásticas y demás pruebas supletorias. Para la Sala, las pruebas aportadas al plenario resultan suficientes para acreditar el derecho del demandante a la sustitución de la pensión de invalidez de la fallecida, copia auténtica del registro Civil de matrimonio, sin anotación ninguna y dos declaraciones extrajudiciales, en donde se afirma bajo la gravedad de juramento que la causante de la pensión de invalidez y el demandante convivieron juntos en forma permanente e ininterrumpida hasta el último día de existencia de la causante. Si bien advierte la demandada la duda que existe respecto del estado civil de la causante en razón de la anotación existente en una tarjeta kardex que reposa en su Hoja de Vida en donde se señala que está "separada", resulta preciso anotar que la simple anotación informal en un documento público no tiene la fuerza suficiente para deslegitimar las pruebas aportadas.

Sentencia del 26 de junio del 2008. Exp. 2005-05835 M.P. GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN

3. LA SUSPENSIÓN DEL CARGO POR ORDEN JUDICIAL NO EXONERA A LA ADMINISTRACIÓN DEL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES AL EMPLEADO, UNA VEZ SE ORDENE SU REINTEGRO.

En eventos en el que la empleada suspendida por orden judicial no es condenada, debe ser restablecida en la totalidad de los derechos de los cuales se vio privada durante dicha etapa, retro trayéndose la situación al momento en que fue suspendida del cargo, es decir como si nunca hubiera sido separada del servicio, y por ende las resoluciones 2301 de 24 de diciembre de 2004 y 0188 de 25 de febrero de 2005, mediante las cuales se ordenó a la demandante el reintegro de las sumas de dinero, que inicialmente había pagado la administración, y recibidas por concepto de salarios y prestaciones dejadas de percibir durante la suspensión, no estuvo ajustada a derecho, pues se repite la remisión que se hace a los salarios dejados de percibir corresponden a la indemnización del daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se suspendió. Ahora bien, la decisión judicial de suspender el pago de los salarios y prestaciones, no implica el rompimiento de la relación laboral porque la orden de suspensión contiene una condición resolutoria consistente en el futuro incierto del proceso, luego es apenas comprensible que desaparecida la condición suspensiva que pesaba sobre el derecho a la remuneración, se retrotraigan plenamente los efectos de tal suceso, recayendo sobre el nominador la obligación del reintegrar las sumas de dinero dejadas de pagar.

Sentencia del 26 de junio del 2008, Exp. No 05593-01, M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

4. NO EXIME A LA ADMINISTRACIÓN DEL PAGO DE LOS INTERESES DE MORA SOBRE LAS CESANTÍAS LAS FALTA DE RECURSOS ECONÓMICOS O LA NO INDICACIÓN DEL FONDO DONDE DEBEN SER CONSIGNADAS POR PARTE DEL EMPLEADOR

El artículo 99 de la Ley 50 establece la obligación de liquidar y a consignar las cesantías, a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que él mismo elija, entre el 31 de diciembre de cada año y el 15 de febrero del año siguiente. Por tanto, dentro del mismo término la Administración tiene la obligación de producir el acto administrativo de liquidación para que sea debidamente notificado y con base en éste consignarlas. Frente al reconocimiento de las cesantías, no existe norma constitucional o legal para que las entidades públicas condicionen el reconocimiento del derecho a la falta o no de recursos económicos. Suele ocurrir que la Administración Pública permanezca en grave situación económica, pero este solo hecho, por si solo, no reúne las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad para alegar una circunstancia de fuerza mayor, y pagar inoportunamente las obligaciones contraídas con sus trabajadores, sin consecuencia alguna. De otra parte, se precisa que la ley da opción para que el trabajador pueda escoger el fondo de cesantías porque se trata en últimas de una decisión de conveniencia financiera que le concierne al trabajador ahorrador, pero si el empleado no toma la decisión, el empleador queda habilitado para consignar las cesantías en el fondo que decida, teniendo en cuenta que la administración no puede eludir su responsabilidad ante el silencio del interesado. Por lo anterior, el demandado no podía negarse a pagar como sanción un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías.

Sentencia del 26 de junio de 2008, Exp. No 03109-0, M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

5. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES DE DOCENTES - APLICACIÓN DE LA LEY 100 DE 1993 POR FAVORABILIDAD

El régimen especial que ampara a los beneficiarios del docente fallecido, se encuentra previsto en el Decreto 224 de 1972. El Régimen General de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, frente a la contingencia de muerte del afiliado, prevé la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del mismo. Existe una diferencia ostensible entre los dos regímenes en cuanto a los requisitos exigidos para acceder a dicha prestación. Mientras el decreto 224 de 1972 establece un "REQUISITO BASTANTE ALTO", como lo es, el exigir la prestación del servicio docente por más de 18 años, la Ley 100 de 1993, resulta más beneficiosa en cuanto exige tan sólo 26 semanas de cotización. En el caso concreto, atendiendo los principios de favorabilidad e igualdad, se dejan de aplicar las disposiciones del

Decreto 224 de 1972 para en su lugar aplicar el régimen general previsto en la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de sobrevivientes. La finalidad de los regímenes especiales es conceder beneficios legales a grupos determinados de trabajadores y no tornarse en un elemento de discriminación para dificultarles el acceso a los derechos mínimos consagrados en la Legislación para la generalidad, significa, que si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general, se impone la aplicación de ésta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula.

Sentencia del 5 de junio de 2008. Exp. 2002-00963-01(2218-07), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

SECCIÓN TERCERA

1. LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS NO PUEDEN IMPONER SANCIONES PECUNIARIAS O MULTAS A LOS USUARIOS.

Dentro de la libertad de configuración legislativa que le compete, bien puede el Congreso a través de la ley, establecer la facultad de las empresas prestadoras de servicios públicos para imponer sanciones pecuniarias o multas, pero lo cierto es que no lo hizo en la que expidió precisamente para regular todo lo concerniente a estos servicios esenciales, de modo que no pueden dichas empresas, arrogarse unilateralmente tal facultad, ni mucho menos pueden las comisiones reguladoras de servicios públicos otorgárselas, por cuanto no está dentro de sus facultades hacer tal clase de concesiones. La jurisprudencia, una cosa es el poder de autotutela que el ordenamiento jurídico le otorga a la Administración Pública y otra cosa es la competencia en virtud de la cual puede ejercerlo; porque el hecho de que ella -o cualquier persona que por disposición legal ejerza función administrativa- pueda manifestarse a través de decisiones unilaterales obligatorias, es decir, mediante la expedición de actos administrativos en los que resuelve unilateralmente las cuestiones sometidas a su conocimiento y decisión, no significa que pueda hacerlo indiscriminada y arbitrariamente, por cuanto el ejercicio de la función administrativa está enmarcado dentro de unos límites expresamente impuestos por la ley, que es la que define en qué términos dicha función puede ser ejercida, y establece concretamente qué pueden hacer las autoridades administrativas, a tal punto que la misma Constitución Política consagra en su artículo 6° la responsabilidad general de los servidores públicos por violación de la Constitución y la ley, como opera para todos los habitantes del territorio nacional, pero también una

responsabilidad especial, por el incumplimiento o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Sentencia de 30 de julio de 2008. Exp.2004-00003-00 (26520), M.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

2. EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA - RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

En el presente caso la parte actora fundó las pretensiones formuladas en la demanda en que la responsabilidad patrimonial de la Administración resulta comprometida cuando se producen daños a terceros como consecuencia de la ejecución de una obra pública encomendada a un contratista; a su turno, la entidad pública demandada pretende sustraerse de la responsabilidad imputada argumentando, entre otros aspectos, que para la fecha en que tuvieron ocurrencia los hechos que dieron lugar a la demanda el contrato de obra se encontraba suspendido y que, en consecuencia, si estando suspendido el contrato el contratista lleva a cabo alguna actividad relacionada con el mismo, los daños que de tal actuación se deriven únicamente pueden ser imputados al contratista. En el mismo sentido se pronunciaron las compañías aseguradoras llamadas en garantía. En este contexto, resulta indispensable determinar los efectos que conlleva la suspensión del contrato frente al vínculo contractual existente entre la Administración y el contratista. se desprende con claridad meridiana que cuando la Administración y el contratista deciden de mutuo acuerdo suspender el contrato, tal suspensión alude específicamente a la ejecución, total o del objeto contractual y formalmente incide de manera puntual en el plazo pactado para su cumplimiento. Por manera que, pese a la suspensión, en todo caso la relación jurídico - negocial.

Sentencia del 16 de julio de 2008. Exp.1995.03079-01(16344).M.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

3. RECURSO DE ANULACIÓN - COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. LAUDOS ARBITRALES - RECURSO DE ANULACIÓN. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

El recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible que por su intermedio se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del proceso. En otros términos, a través del recurso de anulación no podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento basadas en razonamientos o conceptos derivados de la aplicación de la ley sustancial, al resolver las pretensiones y excepciones propuestas, así como tampoco por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el asunto concreto,

que voluntariamente se les sometió a su consideración y decisión. De otra parte, conviene también puntualizar que, según la jurisprudencia de la Sala, las causales de anulación aplicables a un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos de naturaleza estatal deben ser las contenidas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, por cuanto se rige por el derecho privado, en conformidad con los artículos 31 y 31 de la Ley 142 de 1994 (como sucede en el presente caso en que efectivamente fueron invocadas con base en dicha disposición, bajo la consideración de que se trataba de un contrato al que le era exclusivamente aplicable el derecho común de acuerdo con el citado artículo 32).

Sentencia del 16 de junio de 2008. Exp.2007.00061-00(34543).M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO

* Con Aclaración de Voto del Consejero MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

4. VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. FALLA DEL SERVICIO DEL EJÉRCITO. VIOLACIÓN DE NORMAS DE DERECHO HUMANITARIO

Se encuentra plenamente probado que el Ejército Nacional, a través de las Brigadas Móviles 1 y 2, adelantaron operaciones militares en el municipio de Yondó, jurisdicción del departamento de Antioquia, siendo afectada la vereda La Concepción, conocida también como La Concha; que tales acciones estuvieron motivadas por la posible presencia de grupos guerrilleros en la zona, información que fue verificada previamente por lo menos en cuanto se refiere al operativo efectuado el 6 de enero de 1990 y que en razón de estas medidas la población civil que habitaba la zona resultó damnificada por lo cual debió resguardarse temporalmente en un albergue ubicado en el municipio de Barrancabermeja, con apoyo de las autoridades locales, el Comité Regional de Derechos Humanos y Pastoral Social. La verificación de tales hechos sin lugar a dudas constituye un evento de falla del servicio, tal y como lo ha considerado la Corporación en casos similares al que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, falla que se ha encontrado configurada en razón de estos criterios: el “*desbordamiento en el cumplimiento de sus funciones*” y la violación del derecho internacional humanitario por parte del Ejército. El material probatorio al cual se hizo referencia permite a la Sala catalogar la actuación del Ejército Nacional como desbordada y excesiva; en efecto, se debe tener en cuenta que los operativos fueron sorpresivos tanto para los habitantes de la zona como para las autoridades locales.

Sentencia del 5 de junio de 2008. Exp.1991- 06890-01(14526), M.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

* Con Salvamento de Voto del Consejero ENRIQUE GIL BOTERO

5. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

Las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad en las cuales se haya arribado a cualquiera de los tres supuestos a los que hacía referencia la citada disposición. Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta “porque el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible”, se configura un evento de detención injusta. A las hipótesis citadas se les ha agregado el evento de absolución en aplicación del *in dubio pro reo*. Lo enunciado, con fundamento en la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el artículo 90 de la Constitución política. Así, de acuerdo con los principios tutelares del Estado Social y Democrático de Derecho, entre los cuales la libertad y la justicia ocupan un lugar privilegiado, frente a la materialización de cualquiera de las hipótesis enunciadas, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por *in dubio pro reo*, se habrá de calificar sin ambages como detención injusta. Es por ello, que se trata de una responsabilidad objetiva, toda vez que en eventos de esta naturaleza, ambos valores se encuentran en juego y un argumento de tipo utilitarista, en el sentido de afirmar que se trata de una carga que se debe soportar en bien de la mayoría, no tiene justificación alguna.

Sentencia del 5 de junio de 2008. Exp. 1998.01248-01 (16918), M.P. ENRIQUE GIL BOTERO.

6. UNIVERSIDADES ESTATALES- RÉGIMEN APLICABLE A LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

El artículo 132-5 del C.C.A. modificado por el artículo 40 de la ley 446 de 1998 consagra un criterio de competencia, en materia contractual, que atribuye a esta Jurisdicción la facultad para conocer de las controversias relativas a contratos, en general, con la única condición de que sean celebrados por entidades estatales, calidad que indudablemente ostentan las universidades públicas, según lo dispuso el artículo 57 de la Ley 30 de 1992. Queda claro que en la actualidad, de conformidad con la Ley 1107 de 2006, las controversias en las cuales sean parte, las universidades públicas, por el sólo hecho de ser entidades estatales, las debe resolver esta jurisdicción. Bajo este mismo lineamiento resulta pertinente establecer que el acto de adjudicación de una licitación, expedido por un ente

estatal, es la expresión de su voluntad, en ejercicio de funciones públicas, lo cual determina su naturaleza de acto administrativo, que no depende del régimen jurídico que le impone la ley en el actuar de la Administración Pública -régimen que puede ser de derecho público o de derecho privado-, sino que deviene de la naturaleza jurídica de la entidad de la cual emana y de la función que cumple al expedirlo.

Sentencia del 4 de junio de 2008. Exp.1995-04169-01(14169), M.P. MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

* Con Salvamento de Voto del Consejero MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

* Con Aclaración de Voto de la Consejera RUTH STELLA CORREA PALACIO

SECCIÓN CUARTA

1. DECLARACIÓN PRESENTADA DENTRO DEL PLAZO CONCEDIDO POR EL EMPLAZAMIENTO, O DESPUÉS DEL VENCIMIENTO DEL MISMO, NO GENERA SANCIÓN POR NO DECLARAR

Se establece que la presentación de la declaración dentro del plazo concedido por el emplazamiento o vencido este no genera sanción por no declarar sino tan solo sanción por extemporaneidad.

No procede la sanción por no declarar si el contribuyente atiende el emplazamiento y declara, pues, precisamente con ocasión del emplazamiento cumplió el deber formal de declarar, así lo hubiera hecho tardíamente, motivo por el cual debe liquidar y pagar la sanción del artículo 642 del Estatuto Tributario. De acuerdo con el artículo 716 del Estatuto Tributario, si vencido el término otorgado en el emplazamiento el contribuyente no declara, la Administración debe imponer la sanción por no declarar. Esta previsión tiene sentido porque si el contribuyente no atiende el emplazamiento, y, por tanto, no declara, a pesar de estar obligado a hacerlo, debe ser sancionado por no declarar. Sin embargo, si el contribuyente declara aun después de vencido el plazo concedido en el emplazamiento, no debe imponérsele la sanción por no declarar, pues, lo que se censura con dicha sanción, es la omisión del deber de declarar, omisión que no se presenta cuando el contribuyente declara, aunque tardíamente.

Sentencia del 24 de julio de 2008. Exp. 2002-02868-01(15975). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DIAZ

2. DESCUENTO DE ESTAMPILLAS QUE EFECTÚAN EMPRESAS LICORERAS DEPARTAMENTALES A SOCIEDADES QUE LES SUMINISTRAN TAPAS DE SEGURIDAD PARA LICORES CONSTITUYE EROGACIÓN DEDUCIBLE PARA ESTAS

El objeto principal de la sociedad, conforme con el Certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, es “LA

FABRICACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN, EN EL PAÍS O EN EL EXTERIOR, DE TODO TIPO DE TAPAS PARA CIERRE DE BOTTELLAS U OTROS ENVASES Y DE OTROS PRODUCTOS DE EMBALAJE” y según la visita administrativa las ventas a las diferentes empresas de licores, que causaron las estampillas, fueron de tapas de seguridad para licores. Como en virtud del artículo 61 de la Ley 14 de 1983 la producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolio de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos de la Constitución Política y corresponde a las Asambleas Departamentales regular el monopolio o gravar esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a la Ley, se excluye la posibilidad de que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio, es decir, que de la actividad monopolizada quedan excluidos los particulares. Pero además implica que la contribuyente sólo pueda comercializar las tapas de seguridad para licores con las entidades departamentales y por tanto el pago de las estampillas por los contratos de suministros se torna necesario para su actividad. La relación de causalidad, esto es, el vínculo que debe existir entre la causa (gasto) y el efecto (producción del ingreso o de la renta) se presenta en este caso, pues, el pago de las estampillas (causa) es un factor necesario dentro de la actividad productora de renta, hasta el punto que su desembolso le permite a la demandante obtener la renta líquida o utilidad operacional (efecto) para el impuesto. De otra parte, el criterio comercial con el que deben analizarse los presupuestos de necesidad y proporcionalidad en este caso, supone que la carga que asume la demandante para poder realizar su objeto social, sea una expensa normal, acostumbrada y necesaria en su actividad productora de renta, de tal suerte que de no asumir el pago de las estampillas, no podría comercializar las ventas de tapas de seguridad para licores. De acuerdo con lo anterior la deducción por \$375.358.773 frente a unos ingresos brutos de \$18.873.039.000, no es una cifra desmesurada, sino que guarda una relación razonable, por lo que puede considerarse proporcionada con su actividad productora de renta, razón por la cual se concluye que los descuentos de las estampillas efectuados por las diferentes Empresas de Licores a quienes la demandante vendió las tapas de seguridad para licores, tienen relación de causalidad y son necesarios con su actividad productora de renta, por tanto, se dan los presupuestos legales para su reconocimiento, como lo decidió el Tribunal.

Sentencia del 24 de julio de 2008. Exp. 2005-00611-01(16302), M.P. LIGIA LOPEZ DIAZ

3. SUPERINTENDENCIA BANCARIA (HOY FINANCIERA) ORDENA PERMANENCIA EN CALCULO ACTUARIAL DEL BANCO POPULAR DE TRABAJADORES CON EXPECTATIVA DE COMPLETAR TIEMPO DE SERVICIO CON EL ESTADO

Se concreta la discusión en determinar la legalidad de la actuación de la Superintendencia Bancaria que ordenó incluir dentro del calculo actuarial a 31 de diciembre de 2000 a trabajadores que posiblemente les fuera aplicable el régimen de transición Ley 33 de 1985.

En el caso de autos, en el oficio de 6 de febrero de 2001 la Superintendencia aceptó la exclusión, entre otros, de personas activas del ISS que se trasladaron a Fondos Privados y otras que no cumplían el régimen de transición, es decir, que conforme a los criterios de prudencia, consideró no era necesaria su provisión en el cálculo actuarial, lo cual no implicaba necesariamente que debían aceptarse todas las exclusiones, pues, respecto de las no aceptadas se esgrimió la posibilidad de que podían completar el tiempo de servicio con el Estado en el régimen de la Ley 33 de 1985, situación diferente para las que si fueron aceptadas. Por todo lo anterior, la Sala reitera su criterio de que la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) motivó debidamente su actuación y su decisión de ordenar incluir dentro del cálculo actuarial presentado por el Banco Popular a 31 de diciembre de 2000 a aquellos trabajadores a quienes posiblemente les fuera aplicable el régimen de pensiones consagrado en la Ley 33 de 1985, para los empleados oficiales, se ajustó a derecho, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar.

Sentencia del 24 de julio de 2008. Exp. 2001-01214-01(16196), M.P. MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA

4. RESOLUCIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA QUE FIJA EL PLAZO A PROFESIONALES DE COMPRA Y VENTA DE DIVISAS PARA REALIZAR SU INSCRIPCIÓN EN LA DIAN SE AJUSTA AL ORDENAMIENTO LEGAL

Debe establecer si la Resolución Externa No. 6 de 2004 expedida por la Junta Directiva del Banco de la República que fijo el plazo a los profesionales de compra y venta de divisas para inscribirse en la DIAN es nula o si por el contrario se ajusta al ordenamiento legal. Consecuencia lógica de cuanto acaba de exponerse es la ausencia de violación al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución; porque en el caso de estudio el acto demandado está conforme con la legalidad superior tanto en el contenido como en la forma y el procedimiento adoptados para su expedición. Como se anotó, el acto no adolece de incompetencia en su expedición y se cumplió su publicidad en el Diario Oficial, formalidad que permite ser conocido por sus

destinatarios para efectos de su inscripción en el Registro de Profesionales de compra y venta de divisas. **Sentencia del 17 de julio de 2008. Exp.2006-00038-00 (16109), M.P. JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ**

SECCIÓN QUINTA

1. ELECCIÓN DE RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

La solicitud de nulidad recae sobre el Acuerdo 030 del 18 de junio de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Universidad de Córdoba por medio del cual se declaró la elección del rector de esa institución. En la demanda se invocan como vulnerados los arts. 13 y 29 de la Constitución que consagran en su orden el derecho a la igualdad y el debido proceso y el art. 64 de la Ley 30/92.

La Sala encuentra que los estatutos de la Universidad de Córdoba (Acuerdo 0021 de 1994) establecen como uno de los requisitos para ser elegido en el cargo de Rector, la experiencia administrativa no inferior a tres años en el sector público o privado (art. 36). Esta disposición fue reproducida en el Acuerdo de convocatoria 0019 de 2003. Por tanto, la existencia de tal registro estatutario desvirtúa el cargo formulado en la demanda relativo a que se expidió Acuerdo en tal sentido con el propósito de favorecer al finalmente elegido. Y se desvirtúa porque la reglamentación del Acuerdo no hace más que reproducir el texto del articulado de los estatutos de la Universidad, sin introducir ningún elemento nuevo o distinto. Además, el demandado acreditó haber superado ampliamente ese término.

Advierte la sentencia que el art. 30 de los Estatutos de la Universidad ciertamente dispone que, con excepción del representante del Ministro de Educación Nacional, del representante del Presidente de la República y del Gobernador, los demás miembros del Consejo Superior tendrán un período de dos años, pero que no obra en el Exp. ninguna prueba que permita corroborar el cargo del demandante relativo a que para legalizar la elección fue prorrogado por dos meses el período de integrantes que lo tenían vencido, toda vez que se desconoce la fecha en que entraron a ejercer como miembros del Consejo Superior y por tanto no es posible establecer cuándo vencía el período respectivo. De otra parte, la intervención del Gobernador en el Consejo Superior de la Universidad no es ilegal porque el art. 64 de la Ley 30 de 1992 y el art. 23 de los Estatutos Universitarios consagran que el burgomaestre Departamental sea integrante de éste. Según el primero de los artículos precitados, cuando la Universidad es del orden departamental, el Gobernador del Departamento preside el Consejo Superior Universitario. En el caso de

las universidades del orden nacional, preside el Ministro de Educación o su delegado, pero el Gobernador es uno de los integrantes de dicho cuerpo colegiado.

Tampoco se probó la desviación de poder que el actor sustenta en la supuesta modificación de los reglamentos para imponer al demandado como Rector de la Universidad. La Sala encuentra que el reglamento (Acuerdo 0019 de 2003), mediante el cual el Consejo Superior de la Universidad de Córdoba convocó a los interesados en ocupar el cargo de Rector de dicha institución reproduce la normatividad contenida en los Estatutos Generales de la Universidad (Acuerdo 0021 de 1994) sin que se advierta la existencia de alguna disposición que pudiera haber favorecido al elegido. Finalmente, el hecho de que la posesión del elegido se haya producido sin que se hubiera aprobado el acta correspondiente a dicha sesión no afecta la validez del acto de elección puesto que el acta es un documento que tiene por objeto dar fe de lo ocurrido durante la reunión pero no tiene el carácter de acto administrativo ni la fuerza para producir la nulidad de las decisiones que allí constan. Los anteriores razonamientos constituyen motivo suficiente para denegar las súplicas de la demanda.

Sentencia de 24 de julio de 2008. Exp. 2007 00049 01, M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA.

2. EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA TIENE COMPETENCIA PARA LLENAR TRANSITORIAMENTE LAS VACANTES DEFINITIVAS DE MAGISTRADOS DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIAS MIENTRAS EL NOMINADOR, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, EJERCE SU FACULTAD DE PROVEER EN PROPIEDAD TALES VACANTES.

La ley 270 de 1996, en el art. 132, contempla dentro de las formas para la provisión de cargos en la rama judicial, la provisionalidad para aquellos casos en que se presente vacancia definitiva del cargo y hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes. De otra parte, el par. 1° del art. 53 de la Ley 270 de 1996, señala que la provisión transitoria de las vacantes se hará directamente por cada Corporación o Tribunal y no podrá exceder, en ningún caso, de tres meses y el inc. 2° del art. 77 *ib* contempla que las vacantes absolutas se proveen por los nominadores. Pero nada establece acerca de la provisión en provisionalidad de vacantes absolutas. Por último, el art. 254 Superior dispone que los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria los elija el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno.

La armonización lógica y razonada de las anteriores normas (art. 132 inc. 2° y 53 par. 1° de la Ley

Estatutaria de Justicia) y el art. 254 de la Constitución Política, e incluso con el propio art. 77 de la Ley 270 de 1996, en tanto que éste último no contempla a qué autoridad compete la designación en provisionalidad de estos funcionarios en el evento de tener que proveerse transitoriamente una vacante definitiva, permite concluir que es posible que cada Corporación o Tribunal realice directamente nombramientos en provisionalidad cuando se presente una vacancia definitiva, situación en la cual el término del nombramiento será hasta tanto se pueda hacer la designación atendiendo al sistema previsto por la ley.

De todo lo anterior se concluye que el Consejo Superior de la Judicatura si tiene competencia para hacer la provisión transitoria de los Magistrados de esa Corporación, aún de las vacancias definitivas, a través de un nombramiento en provisionalidad y hasta tanto se haga la designación por el sistema previsto para tal propósito, en este último caso sí, únicamente mediante previa elaboración de la terna por el Gobierno, mediante designación del Congreso de la República, para el caso de Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Sentencia de 24 de julio de 2008. Exp. 2007-00060-00, M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA.

3. POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA - SE DESBORDA CUANDO SE ESTABLECEN CAUSALES DE INELEGIBILIDAD PARA INTEGRAR LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN

Se demandó la nulidad del parágrafo 1° del Decreto 3560 de septiembre 18 de 2007, dictado por el Presidente de la República para reglamentar la elección del miembro de la CNTV de que trata el literal d) del artículo 1° de la Ley 335 de 1996, que calificó de inelegibles a los “*contratistas de la CNTV o prestatarios del servicio de televisión en virtud de una autorización, permiso, licencia o contrato otorgado por la Comisión*”, puesto que vulnera lo previsto en los artículos 2, 13, 40 y 189 num. 11 de la Constitución, en esencia porque es una competencia del legislativo y no del ejecutivo.

...el ordenamiento constitucional refleja una filosofía clara en la forma de concebir la competencia sobre el tratamiento de los derechos fundamentales, reservada exclusivamente al constituyente y al legislador, lo cual resulta entendible en la medida en que el órgano legislativo, máximo representante de la voluntad popular, puede definir los límites al ejercicio de esos derechos, siempre que ello ocurra dentro de un marco de razonabilidad y proporcionalidad, ya que se trata del órgano de máxima representación democrática del Estado. Por lo mismo, el Gobierno Nacional no puede, en manera alguna, a través de su potestad reglamentaria, entrar a fijar límites o restricciones a los derechos fundamentales, puesto que frente a esa

materia el ordenamiento superior estableció una reserva a favor del constituyente y del legislador, en la que incluso no puede penetrar el ejecutivo a través del ejercicio de facultades extraordinarias, es decir que la materia inherente a los derechos fundamentales no puede ser regulada por el Presidente de la República por medio de decretos leyes, menos aún por conducto de decretos reglamentarios.

Estas elucubraciones permiten concluir a la Sala que con la norma acusada el Gobierno Nacional reguló una materia que tiene reserva de Ley, tanto en la Ley Fundamental o Constitución Política como en la Ley formal; es más, en cuanto a lo último debe señalarse, como con acierto lo hizo la colaboradora fiscal, que la materia relacionada con la elección de ese miembro de la Comisión Nacional de Televisión lo reservó el constituyente al legislador, tal como se puede apreciar en el artículo 77 superior.

Sentencia del 17 de julio de 2008. Exp. 2008 00009-00, M.P. MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN.

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS A UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL ORDEN NACIONAL.

El señor Rector de la Universidad Nacional de Colombia, solicitó la definición del conflicto de competencias administrativas suscitado entre esa Institución y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en relación con el trámite y solución definitiva de una serie de derechos de petición presentados por docentes de esa Universidad con ocasión de los ajustes salariales a que se refieren las sentencias C-1017 de 2003 y C-931 de 2004. La Sala encontró que a partir del año de 1992, los docentes vinculados a las universidades públicas del orden nacional se han regido, en materia salarial y prestacional, por los decretos 1444 de 1992, 2912 de 2001 y 1279 de 2002, disposiciones éstas expedidas con base en las facultades otorgadas por las leyes 4a. y 30 de 1992. Este último decreto previó en su artículo 6o. que la determinación del salario de los docentes se efectuaría a partir de la asignación de puntos salariales, otorgados de acuerdo con la valoración de cuatro factores previamente definidos: -títulos correspondientes a estudios universitarios, categoría dentro del escalafón docente, experiencia calificada y productividad académica- y cuyo valor corresponde asignarlo al Gobierno cada año. Por lo anterior, se definió que si bien por mandato constitucional y legal corresponde al Gobierno Nacional establecer o modificar el régimen salarial de los docentes de los entes universitarios del orden nacional, es del resorte de éstos expedir los actos administrativos particulares relacionados con el reconocimiento, liquidación y pago

de los ajustes salariales, por tal razón declara que corresponde a la Universidad Nacional de Colombia responder las peticiones y expedir los actos administrativos particulares relacionados con el reconocimiento, liquidación y pago de los ajustes salariales de los peticionarios.

Conflicto de competencias administrativas. No. 2008-0008. PARTES: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. M.P. LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO.

2. IMPORTANCIA DE RESOLVER OPORTUNAMENTE LA ACEPTACIÓN O RECHAZO DE UNA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA: VIOLACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN POR NO TRAMITAR LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS EN LA FORMA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 33 DEL C.C.A.

En esta oportunidad la Sala recordó la importancia de que las entidades que cumplen funciones administrativas verifiquen *ab initio*, conforme se desprende del artículo 33 del C.C.A, la competencia que les asiste para asumir el conocimiento de una determinada actuación administrativa, con el fin de evitar que se retarde injustificadamente su trámite, en perjuicio de las garantías constitucionales del peticionario (Art. 23 C.P). Dicha verificación sobre la competencia o no para resolver una actuación administrativa, que debe tener una argumentación suficiente, constituye una obligación tanto de la entidad que recibe la petición inicial del ciudadano, como de aquella otra que la toma por remisión de la que se considera incompetente. De igual forma se resaltó que la tramitación oportuna de los conflictos de competencia es aún más importante, cuando lo que está en trámite es el reconocimiento de una pensión de vejez, cuyos titulares son objeto de protección constitucional reforzada al tenor de los artículos 46, 48 y 53 del Estatuto Superior. Finalmente, se señaló que la decisión de la Administración de declararse incompetente para resolver una actuación constituye apenas un *acto de trámite* que permite activar los mecanismos legales para identificar a la entidad competente, de manera no tiene la virtualidad de convertirse en acto administrativo definitivo, pues no cambia la posición jurídica del administrado en relación con el derecho reclamado, el cual se encuentra, precisamente, por razón de esa decisión, pendiente de resolver.

Conflicto de competencias administrativas. No. 2008-00045. PARTES: GOBERNACIÓN DE TOLIMA Y FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA. M.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA.

3. NO HAY CONFLICTO DE COMPETENCIA CUANDO YA HAN SIDO EXPEDIDOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEFINITIVOS, PUES DADA SU PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD, HAY QUE ATENERSE A LO QUE DISPONGAN.

En esta ocasión la Sala se declaró inhibida para conocer la solicitud presentada por la sociedad ECOPETROL S.A., respecto a la definición de la entidad competente para efectuar el seguimiento ambiental en su refinera de Mamonal en Cartagena, teniendo en cuenta que las Resoluciones Nos. 0571 y 0572 del 19 de julio de 2000, proferidas por CARDIQUE, otorgaron permiso de emisiones atmosféricas y permiso de vertimientos de residuos líquidos en la zona industrial de Mamonal, respectivamente, y la Resolución No. 0661 de 20 de agosto de 2004 modificada por la Resolución No. 0165 de 1 de marzo de 2005, fijó la tarifa para el cobro y seguimiento de dichas autorizaciones. Entonces el Auto 0432 de 2005, proferido por CARDIQUE para fijar el valor del seguimiento ambiental a ECOPETROL S. A., es un acto de ejecución de las Resoluciones Nos. 0571 y 0572 del 19 de junio de 2000; decisiones que crearon en favor de ECOPETROL unas situaciones jurídicas concretas que, además, se encuentran en firme y, por supuesto gozan de la presunción de legalidad establecida en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, por lo que son obligatorias mientras no sean anuladas o suspendidas. En consecuencia, en el presente caso, por existir acto administrativo definitivo, no se configura conflicto de competencias administrativas que deba ser resuelto, cuyo cumplimiento compete a quien lo expidió.

Conflicto de competencias administrativas. No. 2008-0015. PARTES: LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE CARDIQUE, Y EL

ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL DE CARTAGENA EPA, M.P. ENRIQUE ARBOLEDA PERDOMO.

4) EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Sala definió que la Contraloría General de la República debe ejercer el control fiscal sobre el contrato de obra N° GZ 250051999 celebrado entre la Asociación Compartir Cundinamarca O.N.G Y PROCON LTDA., para la “Reparación línea conducción Bocatoma-Estación de Bombeo” de municipio de Montenegro (Quindío), habida cuenta que conforme a las reglas que gobiernan la materia y a las líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional se puede concluir que: (i) La Contraloría General de la República es la encargada de vigilar a la Administración y a los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, en el desarrollo de su gestión fiscal, en los términos contemplados en los artículos 267 constitucional y 49 de la Ley 42 de 1993. (ii) Los recursos que se trasfieran a las entidades territoriales ingresan al respectivo presupuesto de dichas entidades, pero eso no hace que pierdan su carácter nacional ni tampoco su naturaleza jurídica. (iii) Siempre que los bienes provengan de la Nación, será competencia de la Contraloría General de la República ejercer la vigilancia fiscal, bien sea que el manejo y administración corresponda a organismos y entidades nacionales o a entidades territoriales.

Conflicto de competencias administrativas. No. 2007-0045. PARTES: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA GERENCIA DEPARTAMENTAL DEL QUINDÍO Y CONTRALORÍA GENERAL DEL QUINDÍO. M.P. GUSTAVO APONTE SANTOS.

NOTICIAS DESTACADAS

XIV ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 10 AL 12 DE SEPTIEMBRE - CALI, VALLE

“La modernización de la Justicia Administrativa” será el título del XIV Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que se llevará a cabo en la ciudad de Cali los días 10, 11 y 12 de septiembre.

El encuentro busca someter a discusión y enriquecer las conclusiones preliminares y borradores de articulado sobre la Reforma al Código Contencioso Administrativo que actualmente adelanta la Comisión creada por el Gobierno para tal fin.

El Consejo de Estado a través de su vicepresidencia y el Tribunal Administrativo del Valle, están trabajando arduamente en el desarrollo del máximo evento de la Jurisdicción, y desde ya los invitamos a que confirmen su asistencia, participen con su presencia y aportes en este trabajo tan importante y decisivo para que la modernización de la Justicia administrativa sea una realidad.

FORO INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO VIERNES 29 DE AGOSTO EN EL HOTEL TEQUENDAMA

Les recordamos que el foro internacional en Derecho Contencioso administrativo, organizado por la Agencia Alemana para la Cooperación Técnica - GTZ - y el Consejo de Estado, se realizará el próximo viernes 29 de agosto en el Hotel Tequendama de la ciudad de Bogotá y participarán expertos alemanes, españoles y nacionales en la materia.

De acuerdo con el programa los temas que se tratarán son la evolución de la jurisdicción administrativa en Alemania, el concepto y las categorías de la jurisdicción administrativa alemana y la presentación del documento de investigación "Vía Gubernativa, Conciliación y Arbitramento y sus posibilidades para la descongestión en lo contencioso administrativo", financiado por la Agencia de Cooperación Técnica Alemana -GTZ.

Los invitados internacionales seleccionados para el desarrollo del programa, expertos en la materia del derecho contencioso, son:

- Dr. Hans Christian John (Alemania)
- Dr. Matthias Hartwig (Alemania)
- Dr. Martin Ludwig (Alemania)
- Dr. Diego Younes (Colombia)
- Ramón Trillo (España)

Para mayores informes y confirmación de asistencia pueden comunicarse al teléfono 7587876 o al correo electrónico contacto@fortalesder.org

CONSEJO EDITORIAL

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT
PIANETA**
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

Relatoria 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

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](#), abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

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