



República de Colombia  
Consejo de Estado

Publicación Quincenal

# BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

No 37 - Febrero 16 de 2009  
BOGOTÁ, COLOMBIA

[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)

## Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 3
• Sección Primera	4 - 6
• Sección Segunda	6 - 9
• Sección Tercera	9 - 13
• Sección Cuarta	13 - 15
• Sección Quinta	15 - 17
• Sala de Consulta y Servicio Civil	17 - 19
• Noticias Destacadas	19

## Noticias destacadas

- **LANZAMIENTO DEL DVD DE JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO**
- **FIRMA DEL COMPROMISO PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL PALACIO DE JUSTICIA DE ANTIOQUIA**
- **ELECCIÓN DE NUEVOS CONSEJEROS DE ESTADO**

## EDITORIAL

En nuestra primera edición del año 2009, queremos enviar un especial saludo a todos los lectores e invitarlos a que continúen consultando nuestro boletín, ya que cada día se afianza como un medio idóneo para la divulgación de los pronunciamientos más trascendentes de la Corporación.

Queremos destacar, que el pasado martes 10 de febrero, se realizó el lanzamiento de la primera edición en DVD de la jurisprudencia del Consejo de Estado de 1915 a 2008, el cual puede ser consultado en nuestra página Web. [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co), en la opción de relatoría.

De otro lado, le damos la bienvenida a los doctores Víctor Hernando Alvarado Ardila y Hugo Bastidas Bárcenas, quienes en días pasados fueron elegidos como nuevos Consejeros de Estado, de las Secciones Segunda y Cuarta de la Corporación.

**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

#### TUTELAS

##### 1. LAS LESIONES VISUALES QUE SE PUEDEN CORREGIR NO SON CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO MILITAR

**Situación fáctica:** El actor tuteló para que se ordenara a la Escuela de Cadetes “General José María Córdova”, su reintegro a las labores académicas y militares que perdió cuando fue declarado no apto para estar en el servicio.

**Tesis:** A juicio del Tribunal Médico el actor no estaba en aptitud de permanecer en la Escuela, situación que para la Sala no está debidamente probada, máxime si se tiene en cuenta que de conformidad con el Decreto 094 de 1989, el alcance del diagnóstico emitido por el oftalmólogo del Hospital Militar no se encuentra dentro de los grupos que contemplan las lesiones y afecciones causales de no aptitud para ingreso y permanencia en el servicio. En efecto, en el artículo 52 se encuentra el grupo N° 6, relativo a las lesiones y afecciones en los ojos y en el numeral 4° de agudeza visual del literal h) respecto de la visión, establece la que “no corrige 20/20 en ambos ojos”. Así las cosas, las conclusiones del Tribunal son desacertadas, pues no se tuvo en cuenta el pronóstico del especialista por él ordenado y que se repite, fue concluyente de que el astigmatismo se puede corregir a 20/20 en ambos ojos y que además. el

queratocono no es manifiesto sino frustrado. No obstante, como se trata de una decisión emitida por quien tiene la facultad de proferirla y siguen existiendo dudas de la gravedad de la lesión que afecta al accionante, así mismo no hay certeza del origen, la causa y demás condiciones de la enfermedad que lo afecta, la providencia impugnada será revocada y en su lugar, se ampararán como mecanismo transitorio los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, libre desarrollo de la personalidad, educación e igualdad del señor Camilo Alejandro Tovar Rodríguez. En consecuencia, se suspenderán los efectos de la Resolución N° 423 del 24 de septiembre de 2008, notificada y ejecutada el 26 siguiente, por medio de la cual el Director de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova” ordenó la pérdida de la calidad de estudiante del señor Camilo Alejandro Tovar Rodríguez, por haber sido declarado no apto para el servicio por impedimentos sicofísicos, de acuerdo con el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía que así lo dispuso mediante acta del 23 de junio de 2008, la cual también se suspende. La suspensión operará durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que instaurará el afectado, la cual deberá ser ejercida en un término máximo de cuatro (4) meses a partir de la notificación de esta providencia, so pena de que cesen sus efectos.

[Sentencia de 28 de enero de 2009. Exp. 25000-23-15-000-2008-01118-01\(AC\). M.P. Dra. LIGIA LÓPEZ DÍAZ](#)

## **2. EL DESACATO A SENTENCIA DE TUTELA SE ANALIZA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA**

La Sección Cuarta del Consejo de Estado en la providencia consultada impuso al señor Gerente General de la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal-, como consecuencia de encontrar que desató el fallo de tutela, sanción consistente en multa de 1 s.m.m.l.v. Además, le ordenó que dé cumplimiento inmediato a la sentencia desatada, debiendo proceder al desarchivo del expediente prestacional del señor Guillermo Alberto Pulido Mosquera, ello con el fin de que resolviera de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. Le ordenó que de no ser procedente el reconocimiento, explicara cuáles requisitos le faltan para adquirir dicho derecho, así como los fundamentos jurídicos que apoyan esa decisión.

El simple incumplimiento de la sentencia se refiere a una responsabilidad de “tipo objetivo”. El desacato implica la comprobación de una “responsabilidad subjetiva”. Esta precisión genera diferencias importantes en cuanto a las decisiones que puede tomar el juez de tutela y especialmente sobre las reglas y garantías que se deben respetar en el trámite previo a la adopción de estas decisiones.

Por lo anterior, i) Ante una manifestación de incumplimiento formulada por alguna de las partes de la acción de tutela, el juez tiene dos posibilidades independientes, no excluyentes entre sí: 1) Iniciar el trámite tendiente a obtener el cumplimiento del fallo y 2) Iniciar un incidente de desacato; ii) el trámite para el cumplimiento tiene como única finalidad asegurar de manera efectiva y real el acatamiento de las órdenes contenidas en la sentencia de tutela; iii) en cambio, el incidente de desacato, tiene como finalidad la de sancionar al responsable de ese incumplimiento y, iv) el trámite para el cumplimiento del fallo es de naturaleza objetiva. Sólo interesa demostrar que la sentencia no fue cumplida en los precisos términos en que fue proferida. El incidente de desacato, por el contrario, es de naturaleza subjetiva, ya que allí es necesario, además de demostrar el incumplimiento, determinar el grado de responsabilidad -a título de culpa o dolo- de la persona o personas que estaban obligadas a actuar en pro del cumplimiento de la sentencia. En este sentido, la providencia que decida sobre la responsabilidad de los demandados debe estar precedida de un trámite gobernado, en especial, por el efectivo ejercicio del derecho de contradicción por parte de los implicados. Una decisión que no cumpla con esta característica, atenta contra el derecho fundamental al debido proceso y, por obvias razones, no está llamada a hacerse cumplir.

La Sala resalta que mediante auto del 26 de septiembre de 2008, el Tribunal decretó la iniciación del incidente desacato, pero, dicha providencia no identificó ni individualizó la autoridad contra la cual se abría el trámite incidental. En todo trámite de naturaleza sancionatoria o correccional y, por ende, donde se revisa la conducta del obligado es necesario precisar quién es el sujeto. Esta falencia constituye una clara violación del debido proceso y del derecho de defensa. Por otra parte, la orden impartida en la sentencia del 24 de julio de 2008 tampoco fue precisa en la medida en que no determinó la persona que debía cumplir la orden.

Esas omisiones, a juicio de la Sala, impiden que se pueda imponer una sanción por desacato. Como consecuencia, revoca el auto objeto de consulta y, absuelve al señor Gerente General de la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal. Empero, la decisión que se acaba de anunciar no es óbice para ordenar que, de todas maneras, se adelante la actuación pertinente destinada a que se logre el cumplimiento de la sentencia de tutela, porque, como ya se dijo, el hecho de que se establezca razón suficiente para condenar por desacato no significa que el juez de tutela no deba ejercer todos los poderes que la ley le confiere para lograr la efectividad de este mecanismo.

**Auto de 22 de enero de 2009. Exp.11001-03-15-000-2008-00647-01(consulta desacato). M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA**

### **3. DIRECCION NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES ADMINISTRACIÓN DE BIENES INCAUTADOS O DECOMISADOS. OBLIGACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA**

Es preciso hacer referencia al marco normativo dispuesto para la regulación de la actividad de la Dirección Nacional de Estupefacientes, de la que desprende que corresponde a esa entidad la administración de los bienes incautados en los procesos penales iniciados por los delitos de narcotráfico y conexos o a una acción de extinción de dominio, una vez la autoridad judicial competente inicia la correspondiente investigación. En efecto, el artículo 5° del Decreto 2159 de 1992 radica en cabeza de la Dirección Nacional de Estupefacientes la obligación de disponer de los bienes ocupados o decomisados que tengan directa o indirecta vinculación con delitos de narcotráfico o conexos. A su vez, el artículo 2° del Decreto 1461 de 2000 dispone expresamente que la Dirección Nacional de Estupefacientes tendrá a su cargo la administración de los bienes decomisados, indicando incluso las directrices para el adecuado manejo de los mismos. Posteriormente, la Ley 785 del 27 de diciembre de 2002 se ocupó del tema, y reguló las formas de administración de los bienes adquiridos en el ejercicio de actividades ilícitas. La Ley 793 de 2002, reguló detalladamente el proceso de extinción de dominio prescribiendo que operaba *ope legis* la administración de los bienes a cargo de la Dirección Nacional de Estupefacientes. Bajo esas premisas, resulta evidente que la Dirección Nacional de Estupefacientes tiene a cargo la administración de los bienes incautados dentro de los procesos de extinción de dominio, razón por la que extraña a la Sala la posición que esa entidad asumió en la contestación de la demanda al mostrar renuencia para hacer efectiva una obligación legal y reglamentaria, de la que se supone deben tener conocimiento todos y cada uno de los funcionarios de esa dependencia.

### **DEVOLUCIÓN DE BIEN INCAUTADO POR IMPROCEDENCIA DEL DECOMISO. PROTECCION A LOS DERECHOS DEBIDO PROCESO, TRABAJO, LIBRE ESCOGENCIA DE PROFESION U OFICIO**

Observa la Sala que existió una violación del derecho al debido proceso, pues el ente demandado no obedeció la orden de la autoridad judicial ni los preceptos legales que lo obligaban a devolver los bienes incautados una vez se decretara la improcedencia del decomiso, y por el contrario, obstaculizó el trámite pertinente, al punto que el señor Narváez Cano tuvo que acudir a esta acción para que le fuese resuelta su situación. Ahora bien, también se advierte una vulneración del derecho al trabajo y a la libre escogencia de profesión u oficio, pues según lo afirmó el mismo actor, situación que no fue controvertida por la entidad enjuiciada, el taxi decomisado durante varios años constituía la única fuente de subsistencia suya y de su familia, razón por la que

ciertamente pudo haber descuidado los deberes económicos que son propios de un padre y esposo que está al frente de su hogar.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 52001 2331 000 2008 00314 01 \(AC\). M.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.](#)

#### **4. ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE**

La acción de tutela ha sido instituida como un mecanismo preferente y sumario, para la protección **inmediata** de los derechos constitucionales fundamentales cuando hayan sido amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en este último caso, en los eventos expresamente señalados en la Constitución y la ley. Esta acción procede a falta de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable. Como la solicitud se presentó como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991. Según esta disposición, aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial puede ejercer la acción de tutela como instrumento transitorio de defensa, siempre que concurren dos requisitos: (i) Que efectivamente se amenace u viole un derecho constitucional fundamental. (ii) Que se haga necesario evitar un perjuicio irreparable; y (iii) que el otro medio de defensa judicial se ejerza dentro del término de cuatro meses a partir del fallo de tutela. En este caso, la protección de la tutela, en principio, será transitoria mientras el juez competente decide en forma definitiva sobre el asunto de fondo. Es cierto que el accionante dispone en este caso de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos dado que puede instaurar un proceso ejecutivo que le permita obtener el pago de la indemnización a que tiene derecho. No obstante, la Sala encuentra que existen circunstancias particulares que ameritan la protección inmediata y definitiva que ofrece la tutela al encontrar que evidentemente se están vulnerando derechos constitucionales fundamentales, tales como el mínimo vital, íntimamente ligado con el derecho a la vida del accionante como quiera que se constituye en indispensable para una subsistencia digna, el derecho de acceso a la administración de justicia y los derechos de la tercera edad.

#### **MECANISMO DEFINITIVO POR VIOLACION AL MINIMO VITAL**

La privación injusta de su libertad de que fue objeto el accionante motivó la condena por los perjuicios que se le ocasionaron y que pretende le sean cancelados ahora mediante esta acción de tutela ante la infructuosa labor adelantada en forma directa ante la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado que el incumplimiento de las decisiones contenidas en los fallos judiciales constituye una verdadera vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia. La jurisprudencia constitucional también ha determinado que cuando se encuentra comprometido el “mínimo vital”, el término previsto en el C.C.A. para el pago de las condenas judiciales puede incluso ser desconocido vía tutela. La Sala considera que no obstante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es uno de los casos en los cuales debe proceder la protección que la tutela ofrece la cual se concederá en forma **definitiva** y no como mecanismo transitorio, en virtud del grave estado de salud y la avanzada edad del accionante con el fin de proteger en **forma real y efectiva** su derecho al mínimo vital y el derecho de acceso a la administración de justicia. La Sala llama la atención a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en el sentido de que debe ser más diligente en el cumplimiento de las órdenes contenidas en los fallos judiciales, máxime cuando está de por medio la subsistencia y el acceso a la justicia del accionante; pues las razones de orden presupuestal no eximen de la responsabilidad que le corresponde. En consecuencia, se revocará el fallo del a quo y, en su lugar, se protegerán los derechos al mínimo vital y el derecho de acceso a la administración de justicia del señor Vicente de Jesús Blanco Garrote, en conexión con los derechos de las personas de la tercera edad.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2008-00825-01 \(AC\). M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

## SECCIÓN PRIMERA

### 1. KRAKER BRAN MARCA REGISTRABLE NO GENÉRICA NI DESCRIPTIVA

En el acto acusado se le atribuye al signo **KRAKER BRAN** una relación de genericidad y descriptividad respecto de los productos de la clase 30, en el sentido de que la entidad demandada encuentra que *consiste exclusivamente en una designación que indica la especie del producto y una cualidad propia del mismo*: galleta de salvado. Sobre el punto se ha de tener en cuenta que ese signo está conformado por dos palabras que no corresponden al idioma Castellano, y de ellas sólo la segunda (bran) pertenece al Inglés, con el significado que se señala en el acto acusado, esto es, salvado. La primera, *kraker*, no existe en ese idioma. La más parecida a ella fonéticamente en Inglés es *craker*, pero con significado diversos, de modo que además del de galleta, se da otro que no tiene relación alguna con los productos referidos, pues con ella se nombra a la persona que se introduce subrepticamente en los archivos electrónicos o de computación. Así las cosas, la palabra *kraker* se puede considerar como de fantasía en el contexto de habla Castellana, pues es un lineamiento reiterado que los signos formados con palabras extranjeras cuyo conocimiento no sea de conocimiento común suelen ser considerados como de fantasía, aunque como el tratadista Jorge Otamendi advierte *“hay ciertos idiomas que son más conocidos que otros, como ser el italiano, el inglés y el francés, y cantidades no despreciables de personas los hablan o entienden.”*, y *“Además, hay muchas palabras que por su intenso uso, en series televisivas, cine, espectáculos, publicaciones, etcétera, se han ido incorporando a nuestro léxico diario o por lo menos son conocidas.”* Por ello concluye que *“En todos estos casos las palabras tendrán un significado y serán susceptibles de provocar una confusión ideológica”*. En este caso no se puede decir que la expresión **KRAKER BRAN** haya tenido en Colombia el uso intensivo de que habla Otamendi, que lo hubiere incorporado a nuestro léxico diario conocido, y en el mejor de los casos, de haberse dado así en algún segmento de la población, ello habrá obedecido a la natural asociación de la marca con el específico producto que distingue (galletas), como es usual que ocurra, y no por su significado intrínseco, pues en conjunto no lo tiene en idioma alguno, y menos en Español. De suerte que el signo **KRAKER BRAN** no está afectado por la prohibición prevista en el artículo 72, literal d), de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena para distinguir productos de la clase 30 se refiere, atendiendo sus características y la jurisprudencia comunitaria en comento, y resulta registrable para distinguir esa clase de productos según el artículo 71 *ibídem*.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 11001 0324 000 2000 06557 01. M.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

### 2. COMPILACION DE NORMAS POR LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES IRRETROACTIVIDAD

Colige la Sala que, de una parte, en la demanda sí se cuestiona la compilación de normas derogadas que se hace en la Resolución 489; y, de la otra, los vicios encontrados en las normas demandadas no se refieren exclusivamente a la retroactividad de las mismas, sino que en la sentencia se deja claro que los numerales 4.2.2.19 y 4.3.8. del artículo 2° de la Resolución 489, no están llamados a producir efectos, pues fueron regulados por la Resolución 463 de 2001, derogada en lo que a dicho título se refiere por la Resolución 469, artículo 3°, y necesariamente la nulidad de tal expresión incide en el artículo 9°, también acusado, particularmente, en el aparte que dispone *“o acogerse, en su totalidad, a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificado por la Resolución CRT 463 de 2001 y compilada en la presente resolución, para todas sus interconexiones”*, pues, precisamente, respecto de estas condiciones es que la CRT pretende hacer producir efectos desde *“el primero de enero de 2002”*, no obstante el referido numeral fue adicionado mediante la Resolución 463, que conforme al artículo 3° de la Resolución 469, debe entenderse derogada, ya que su objeto

recae sobre el título IV de la Resolución 087, expresamente derogado. En consecuencia, no se dan los presupuestos que reclama el artículo 309 del C. de P.C., para que proceda la aclaración de la sentencia, pues ésta guarda consonancia con las pretensiones de la demanda y el concepto de la violación, violación que al haber sido demostrada es congruente con lo dispuesto en la parte resolutive de aquélla.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2003-00047-01. M.P.: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

### 3. LEGITIMACION PARA POSTULACION COLECTIVA DEL SUBSIDIO FAMILIAR DE VIVIENDA

La Sala pone de presente que quien efectuó la reclamación ante el INURBE y ejerció la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue LIMOS LTDA., integrante de la mencionada UNIÓN TEMPORAL y, por tanto, la interpretación que del artículo 57 hicieron tanto el INURBE como el Tribunal Administrativo de la Guajira desconoce la facultad que en su calidad de integrante de la oferente constructora le otorga la ley para presentar propuestas colectivas y, además, el mandato implícito de representación otorgado por los hogares que pretenden ser beneficiarios de un subsidio de vivienda y que para lograrlo se postulan de manera colectiva, postulación que en manera alguna implica que a todos y cada uno de los hogares les tenga que ser asignado dicho subsidio, pues el artículo 24 del Decreto 2620 de 2001 es claro en disponer que en la postulación colectiva las condiciones de ahorro previo y crédito se evaluarán individualmente y que de igual forma se otorgarán los subsidios a cada socio, miembro o afiliado postulante. Adicionalmente, la Sala observa que pretender que cada uno de los hogares que actuaron, bien mediante una caja de compensación familiar, organización popular de vivienda, constructora o cualquiera otra de las citadas en la ley para el efecto efectúen sus reclamaciones de manera individual pese a haber presentado una postulación colectiva, definida como aquella en la cual un grupo de hogares solicita el subsidio para su aplicación a soluciones de vivienda que **conforman un proyecto** en el que participan los postulantes, deja de lado el particular interés que tiene el ente que promueve el referido proyecto en la asignación de los subsidios a los postulantes que lo conforman, en cuanto de acuerdo con el artículo 24, numeral 5 del Decreto 2620 de 2000, con la modificación introducida por el artículo 4º del Decreto 1585 de 2001, los afiliados beneficiados sólo podrán aplicar sus subsidios al pago del precio de adquisición, construcción o mejoramiento de una vivienda incluida **en el proyecto presentado y declarado elegible**, y máxime cuando el artículo 51 del Decreto 2620 establece que **en el caso de las postulaciones colectivas el puntaje de cada uno de sus miembros será el promedio del grupo**, obtenido mediante la suma de los puntos de cada uno de los integrantes postulantes dividida por el número de postulantes miembros del grupo. Concluye esta Corporación que la actora desvirtuó la legalidad de la Resolución acusada y, en consecuencia, declarará su nulidad; a título de restablecimiento del derecho, declarará que aquella tiene legitimación en la causa por activa para presentar la reclamación contra las asignaciones llevada a cabo en las Resoluciones 683 de 24 de diciembre de 2001 y 768 y 769 de 28 de diciembre del mismo año y ordenará dar curso a la citada reclamación, siempre y cuando se haya presentado dentro del término legalmente establecido para el efecto.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 44001 2331 000 2002 00662 01. M.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

### 4. PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL, CELEBRACION DE CONTRATOS, REGIMEN DE INHABILIDADES

Las acciones de nulidad electoral y la de pérdida de investidura son autónomas e independientes, y tienen objeto y fines distintos, razón por la cual, para que exista cosa juzgada es preciso, según el artículo 15 de la Ley 144 de 1994, que en ambos procesos se solicite la pérdida de investidura y que

haya pronunciamiento sobre «las causales» fundadas en los mismos hechos. Igualmente según el artículo 332 del CPC., la cosa juzgada conlleva a que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. La Sala Plena de esta Corporación, mediante sentencia de 28 de julio de 2002 sostuvo que pese a que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no contiene la violación del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura, no significa que ésta haya sido suprimida, pues el numeral 6° ibidem establece la posibilidad de que otras normas también consagren causales de pérdida de investidura. Se imputa al concejal CEFERINO CALDERÓN PIMENTEL la causal de pérdida de investidura establecida en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. La inhabilidad endilgada al demandado exige unos supuestos a saber: (i) celebrar contrato con una entidad pública de cualquier nivel, (ii) haberlo celebrado durante el año anterior a la elección como concejal, (iii) tener interés propio o de terceros, y (iv) ejecutarlo en el mismo municipio. Está probado que el señor CEFERINO CALDERÓN PIMENTEL suscribió el 1° de enero de 2003 contrato de prestación de servicios con el Instituto de Salud del Palmar -INSAPAL, establecimiento público de orden municipal, y que las elecciones se realizaron el 26 de octubre de 2003. Las pruebas demuestran que el demandado suscribió contrato de prestación de servicios con el Instituto de Salud del Palmar -INSAPAL, entidad de orden municipal, durante el año anterior a su elección como Concejal de ese municipio, de tal manera que se encuentran probados los supuestos fácticos de la inhabilidad endilgada al concejal CEFERINO CALDERÓN PIMENTEL.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 68001-23-15-000-2008-00113-01 \(P.I.\). M.P.:MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

## SECCIÓN SEGUNDA

### **1. PENSION DE SOBREVIVIENTES - La procreación de uno o más hijos anterior al divorcio no supe los dos años de convivencia efectiva**

El cónyuge o compañero (a) permanente que pretenda acceder a la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, cuando ésta se causa por la muerte del pensionado fallecido, deberá acreditar: a) La convivencia efectiva con el pensionado al momento de su muerte, y Que dicha convivencia se efectuó por no menos de 2 años continuos anteriores al deceso del causante, salvo que se hayan procreado uno o más hijos con éste. En efecto, al mediar la separación de hecho, la disolución del vínculo matrimonial por divorcio y posteriormente la reanudación de la convivencia entre la pareja, mal puede afirmarse que las hijas concebidas dentro del matrimonio suplen la comprobación de los dos años de convivencia que exige la norma; caso distinto sería si en los últimos años en los que se afirma el restablecimiento de la relación, se hubieren concebido hijos, lo cual habilitaría el supuesto exceptivo establecido por el Legislador frente al requisito primigenio. De acuerdo con el análisis anterior, se concluye la deficiencia probatoria del caso propuesto, lo que impide el reconocimiento del derecho pretendido por el demandante. Así, resueltos los puntos propuestos en el recurso que motivó ésta instancia, considera la Sala que el demandante no logró demostrar su calidad de beneficiario y los requisitos para acceder al beneficio de la pensión de sobrevivientes, razón por la cual se impone para la Sala la confirmación del fallo apelado.

[Sentencia de 2 de octubre de 2008, Exp. 25000-23-25-000-2000-05959-01\(0757-04\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN.](#)

### **2. CONFLICTO EN EL RECONOCIMIENTO DE LA SUSTITUCION PENSIONAL ENTRE COMPAÑERA PERMANENTE Y CONYUGUE SUPÉRSTITE DE MIEMBRO DE LAS FUERZAS MILITARES, SE RESUELVA**

**A FAVOR DE LA ÚLTIMA ATENDIENDO QUE NO EXISTIO CULPA EN LA SEPARACION DE CUERPOS Y CRITERIOS DE JUSTICIA Y EQUIDAD**

Se estableció con la prueba testimonial que el causante abandonó el hogar, por el año 1975 y que durante los últimos 25 años convivió con la compañera permanente. Se probó también que, pese a haber abandonado el hogar, el causante continuó cumpliendo con las obligaciones económicas de la familia, permitiendo que su esposa cobrara la asignación de retiro a él reconocida. De lo expuesto se infiere que a la cónyuge debe aplicársele la excepción consagrada en el artículo 9 de la Ley 447 de 1998, toda vez que los hechos que dieron lugar a la separación de cuerpos y a la ruptura de la vida en común se causaron sin culpa imputable a ella, lo que le permite conservar el derecho a la sustitución pensional de la asignación de retiro. Respecto de la compañera permanente, se considera: 1) Convivió con el causante aproximadamente 25 años. 2) Es propietaria de un inmueble que le vendió Samuel Antonio Zapata Correa, según certificado de libertad y tradición; 3) Es propietaria de un establecimiento de comercio; 4) La pensión de vejez que percibía el causante a Cargo del ISS era destinada al sostenimiento de este vínculo. Conforme al panorama descrito, ponderando los derechos en discusión, encuentra la Sala que la sustitución pensional en conflicto debe ser reconocida a la cónyuge superviviente no sólo por las razones legales y fácticas expuestas sino por criterios de justicia y equidad, en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico porque al negarle el derecho pensional a la cónyuge se la dejaría en total desamparo, siendo que en vida el causante veló por su sostenimiento al otórgarle poder para el cobro y disfrute de la asignación de retiro

[Sentencia del 2 de octubre de 2008, Exp. 25000-23-25-000-2000-02678-01\(4335-04\), M.P. JESÚS MARIA LEMUS BUSTAMANTE.](#)

**3. EL GOBIERNO AL EXPEDIR LOS DECRETOS POR LOS QUE ASUME LAS OBLIGACIONES PENSIONALES DE ALCALIS DE COLOMBIA DE QUE QUIENES TUVIERAN CONSOLIDADOS LOS CALCULOS ACTUARIALES AL AÑO 2000, NO INCURRIO EN OMISION CONSTITUCIONAL / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL GASTO PUBLICO**

La Sala encuentra que no existe la inconstitucionalidad por omisión, en la medida en que los Decretos demandados lo que hace es incorporar a las obligaciones de la Nación las obligaciones pensionales de la extinta empresa Alcalis de Colombia que estuvieren previamente delimitadas y cuantificadas, a través del denominado cálculo actuarial, y respecto de las demás obligaciones pensionales, señalaron que deben ser asumidas de acuerdo con la prelación de créditos aplicable a las empresas en liquidación. Pues, es un hecho cierto, porque así se reconoció en la parte motiva de los decretos acusados, que “Alcalis de Colombia Ltda. en liquidación carece de activos que le permitan atender en debida forma el pago de sus obligaciones pensionales”, sin embargo, esto no indica que la empresa en liquidación esté totalmente insolvente y no pueda asumir la carga prestacional de aquellos pensionados que quedaron por fuera del cálculo actuarial y que estas obligaciones queden insolutas. De otra parte, la Nación no puede asumir directamente el pago de las pensiones sino que, en aplicación del principio de legalidad del gasto, arts 345 y 346 de la C.P, sólo las puede incluir en el presupuesto de gastos decretados conforme a la ley, de acuerdo con las disponibilidades de recursos y las prioridades del gobierno. Es decir, para que la Nación asuma las obligaciones pensionales, que no están relacionadas en el cálculo actuarial, debe probarse primero su estado de insolvencia y designar la forma como se asume el pasivo mencionado, con la inclusión del monto de las apropiaciones suficientes del presupuesto nacional para efectuar los pagos a que hubiere lugar.

[Sentencia del 9 de octubre del 2008, Exp. 11001-03-25-000-2004-00092-00 \(1017-2004\), M.P. JESUS MARIA LEMUS BUSTAMANTE.](#)



## SECCIÓN TERCERA

### 1. FALLA DEL SERVICIO DEL CUERPO TECNICO DE INVESTIGACION

La Sala confirmará la decisión recurrida por considerar que está suficientemente acreditado que los autores de las lesiones causadas a la señora García y al caballo en el que montaba el menor García fueron los miembros del CTI, que practicaban un operativo con el fin de identificar a los autores de un ilícito y, además, que ni las víctimas, ni las personas que los acompañaron dispararon contra los agentes estatales, ni representaban ningún peligro para los mismos ni para las demás personas que se hallaban en el lugar. Por lo que el hecho causante del daño constituyó una falla del servicio que da lugar a condenar a la entidad a la que pertenecían dichos funcionarios.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 76001233100019192-01 \(16.050\). M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO](#)

### 2. FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA EN SU POSICION DE GARANTE, EN PRESUNTA LIMPIEZA SOCIAL

Del examen detallado de las pruebas allegadas al expediente es posible establecer que existen suficientes elementos de convicción para concluir que en la determinación y ejecución de los hechos en los cuales resultó muerta la señora Hoyos y otras (4) personas más, participó un Agente de la Policía Nacional mientras se encontraba en ejercicio activo del servicio, con su correspondiente arma de dotación oficial e invocando su condición de agente de esa institución. De otro lado y sólo en gracia de discusión, de llegar a aceptarse que el Agente de Policía no hubiere disparado su correspondiente arma de dotación, considera la Sala que la conclusión respecto de la responsabilidad de la Policía Nacional sería la misma, por cuanto dicho Agente se encontraba en posición de garante respecto de las personas que se encontraban detenidas y bajo su responsabilidad, toda vez que frente a ellas existía una **obligación de especial sujeción** por parte de un miembro de la entidad pública demandada. Así las cosas, resulta claro entonces que la responsabilidad de la Policía se ve comprometida por cuanto los anteriores medios probatorios recaudados en el proceso señalan que la muerte de los señores Ortiz Jiménez, Hoyos, Leguizamon Bolaños, Mosquera Córdoba, Muriel Guerrero, y las lesiones de Vidal Vargas y del menor Lasso Abanis, se produjeron mientras éstos estaban en estado de indefensión, bajo la custodia de un Agente de la Policía -el cual fue plenamente identificado-, en asocio con otros individuos quienes también se identificaron como tales, quienes habrían detenido a las víctimas bajo el argumento de que los conducirían a una Estación de Policía para verificar antecedentes penales. Las circunstancias y los móviles de la muerte de las cinco personas y de las dos que lograron sobrevivir, resulta desde cualquier punto de vista arbitrario y antijurídico, por decir lo menos, comoquiera que se ultimó sin formula de juicio a unos inermes ciudadanos que si bien podrían -llegado el caso-, ofrecer peligro para la comunidad, dado su consumo de alucinógenos, no por ello merecían que se les impusiera la pena de muerte ni cualquier otro castigo que atentara contra su existencia y/o dignidad, menos aún cuando a la ejecución de tales hechos se procedió de manera extrajudicial y con total desconocimiento del derecho fundamental del debido proceso, por cuanto corresponde al juez competente después de examinar la conducta del sindicado, decidir si hay lugar, o no, a imponer alguna pena y en modo alguno a la Fuerza Pública, pues no debe olvidarse que los detenidos gozan de derechos consagrados no solamente en la Carta Política y en los tratados internacionales de derechos humanos de los cuales el Estado Colombiano hace parte, sino también en los propios reglamentos establecidos en la Institución Policiva. En este orden de ideas resulta forzoso concluir que en este caso se configuró una falla en el servicio por parte de la Policía Nacional, pues, uno de sus agentes participó en la planeación y ejecución de la muerte y en las lesiones, con su arma de dotación, estando en servicio activo e invocando su condición de agente de la demandada Policía Nacional, no obstante lo cual el hecho estuvo alejado del cumplimiento de sus deberes oficiales y de estarlo se produjo por una falla en el servicio, pues

las víctimas fueron ejecutadas en estado de indefensión y por lo tanto en forma arbitraria, mientras se encontraban bajo la custodia del Estado.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 76001233100019960253001 \(16.975\) M.P.: MAURICIO FAJARDO GOMEZ](#)

### 3. FALLA DEL SERVICIO DEL EJÉRCITO POR MALOS TRATOS

La demandada es responsable de los perjuicios sufridos por Viera Aragón, sus padres, hermanos e hijos, porque dichos perjuicios se produjeron como resultado de los malos tratos que un soldado del Ejército en ejercicio de sus funciones le propinó, actuación abusiva que compromete patrimonialmente la responsabilidad del Estado, a título de falla del servicio. Por último cabe precisar, que a pesar de que obre la declaración del Sargento Bolaños según la cual, el soldado Añazco golpeó a Viera en defensa propia porque Viera pretendía quitarle su arma de dotación oficial, lo cierto es que se trata de un testimonio de oídas, el cual si bien puede ser valorado, no puede primar sobre la declaración que realicen testigos presenciales del hecho. En efecto, la valoración del testimonio de oídas depende de la dificultad para recaudar la prueba directa y original del hecho a probar, por manera que en principio, no se le puede restar una total eficacia probatoria al testimonio de oídas. En el *sub lite*, existe contradicción entre el testigo de oídas y las declaraciones de los testigos que presenciaron el momento en el cual el soldado golpeó a Viera, contradicción que la Sala resuelve dando credibilidad a las versiones de los testigos presenciales, por ser varias, contundentes, claras, provenientes de personas sin interés en el proceso, mientras que el testimonio de oídas procede del relato que de los hechos hizo el agresor al testigo, siendo evidente el interés de aquél en el resultado de este proceso. En síntesis, están acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial de la demandada, esto es, el daño antijurídico sufrido por los demandantes; que tal daño fue causado por un agente del Estado y que le es imputable al Estado por cuanto el agente agresor actuó en ejercicio de sus funciones.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 19001233100019960100601 \(17.376\). M.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO](#)

### 4. RENUNCIA DEL ACTO DE ADJUDICACION DE BALDIO. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

El acto administrativo mediante el cual el Incora adjudica a una persona un bien baldío, es de carácter subjetivo y particular, por cuanto crea una situación jurídica particular y concreta a su favor. En efecto, constituye un título traslativo de dominio otorgado por el Estado a través de dicha institución, con el cual el colono obtiene la propiedad condicionada del mismo para explotarlo conforme a la ley. Es decir, mediante dicho acto se constituye un derecho particular al adjudicatario del bien inmueble baldío, de conformidad con las leyes y reglamentos que regulan el sistema de la reforma agraria y el desarrollo rural, el cual, incluso, puede resolverse por causas previamente definidas y revertir la propiedad del bien baldío adjudicado al Estado. Por consiguiente, el acto administrativo de adjudicación de un bien baldío al constituir un derecho, en este caso el de propiedad sobre un predio susceptible de adjudicación, como lo son los bienes baldíos, requiere para su ejecución de la aceptación y consentimiento por parte de su destinatario, esto es, necesita de la plena aquiescencia del particular beneficiario a quien corresponde usar su derecho y cumplir, a partir de su ejercicio, las especiales obligaciones que en este ámbito impone la legislación agraria. De acuerdo con lo anterior, se precisa que jurídicamente resulta posible que el beneficiario de un acto administrativo en firme de adjudicación de un bien baldío renuncie, desista o decline del mismo, esto es, manifieste su voluntad de no utilizar el derecho conferido en aquel, lo cual genera la extinción *ipso iure* de los efectos del acto, esto es, pierde su vigencia y, fuerza ejecutoria, sin que para ello sea necesaria la aceptación de la autoridad o la revocación del acto, toda vez que sus efectos son automáticos una vez ha sido comunicada a la administración. La demandante quien ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no tenía legitimación en la causa para obtener mediante el contencioso subjetivo de nulidad declaraciones anulatorias del acto administrativo acusado y el consecuente restablecimiento de su derecho, lo cual implica que la decisión adoptada por el *a quo* deba ser revocada. Adicionalmente, es claro que

la actora en las precisas circunstancias del caso concreto, no puede desconocer su propio acto de desistimiento de la resolución de adjudicación -excepto por vicios en el consentimiento-, para luego venir en demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho con miras a la protección de un derecho del cual renunció, pues recuérdese que nadie puede venir validamente contra sus propios actos, esto es “*venire contra factum proprium non valet*”, regla cimentada en el aforismo “*adversus factum suum quis venire non potest*”, que se concreta en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, lo cual se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas (art. 83 C.P.). Como lo ha explicado y aplicado la Sala va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibles y no puede en juicio prosperar.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 2700-1233-1000-1994-02165-01 \(16.169\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.](#)

#### **5. a) REGIMEN CONTRACTUAL ACTIVIDAD DE CIENCIA Y TECNOLOGIA**

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, desde su entrada en vigencia, es aplicable a los contratos que la Nación y sus entidades descentralizadas celebren para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología en aquellos aspectos no regulados expresamente en los artículos 2, 8, 9, 17 y 19 del Decreto ley 591 de 1991 y en el Decreto ley 393 de 1991, como que, por ejemplo, en los procesos de selección de los contratistas se deben respetar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, tener en cuenta las inhabilidades e incompatibilidades y aplicar las disposiciones de solución de conflictos, entre otros aspectos.

#### **b) CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO EN CONTRATO ESTATAL , PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y SUPERVIVENCIA DE LA LEY ANTIGUA**

En materia de contratos imperan las reglas generales de la prohibición del efecto retroactivo y la supervivencia de la ley antigua. En nuestro orden jurídico, a la par de en que la Constitución Política se garantizan los derechos adquiridos de acuerdo con la ley civil (art. 58 C.P.) con las excepciones en ella prescritas, noción dentro de la cual se comprenden los derechos que emanan de un contrato, en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, se consagra la regla de que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del mismo (procesales) y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, que se castigará con arreglo a la ley vigente bajo la cual se hubiere cometido. Por lo demás, la citada norma jurídica, que obstruye el efecto general inmediato de una nueva ley y privilegia la irretroactividad de la misma en el ámbito de los contratos, se justifica en cuanto ellos no pueden estar sujetos a los constantes cambios o vaivenes de la Legislación, sino que deben gozar de estabilidad y seguridad, como presupuesto que genera confianza en los negocios y relaciones dentro del tráfico jurídico, y si bien puede ser reformada o alterada por una ley posterior que indique expresamente su retroactividad para determinado aspecto de algún tipo de contrato, ello constituye una excepción que debe estar fundamentada en razones de orden público o interés general. En definitiva, la regla general es que a los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se les aplica la ley existente y que rige al momento de su nacimiento o celebración, lo cual implica que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad. De otra parte, el artículo 34 de la Ley 153 de 1887, determina que los actos y contratos celebrados en vigencia de la norma antigua podrán demostrarse con los medios probatorios que esa norma establecía para su justificación (*tempus regit actum*), pero la forma de rendirse se sujeta a la nueva ley. Dentro del anterior marco jurídico, los diferentes estatutos de contratación pública han dispuesto, mediante normas especiales, el tránsito de legislación. En el Decreto ley 150 de 1976 se dio la posibilidad de escoger entre el régimen anterior y el nuevo para efectos exclusivos del trámite de perfeccionamiento del contrato, facultad que fue suprimida por el Decreto ley 222 de 1983, para en cambio ordenar la aplicación en esta misma materia -procedimiento- de la ley anterior vigente y

precedente al nuevo estatuto; mientras que en la Ley 80 de 1993, se amplió la regla al disponer que los contratos (régimen sustantivo), los procedimientos de selección y procesos judiciales en curso, se regirán por las normas vigentes al momento de su celebración o iniciación, según el caso.

#### c) TRANSITO LEGISLATIVO EN CONTRATO ADICIONAL

Conviene mencionar que el régimen aplicable a los contratos adicionales suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993, pero que adicionan un contrato principal celebrado bajo la vigencia del Decreto ley 222 de 1983 -o incluso otra normativa-, es aquel vigente al momento de la celebración del contrato principal del cual derivan su existencia.

#### d) CONVENIO DE COOPERACION DE CIENCIA Y TECNOLOGIA

El convenio especial de cooperación es una de las modalidades permitidas para la asociación entre el Estado y los particulares, con el fin de desarrollar actividades científicas y tecnológicas; se trata, pues, de un negocio jurídico nominado y disciplinado en los decretos legislativos 393 y 591 de 1991 (este último en sus artículos 2, 8, 9, 17 y 19), que establecen sus reglas y requisitos. El convenio especial de cooperación nace cuando se aporta conjuntamente por las partes recursos de distinta índole (en dinero, en especie o en industria) para facilitar, fomentar, desarrollar y alcanzar en común algunos de los propósitos contemplados en las normas de ciencia y tecnología, y su contenido se determina en virtud del Decreto ley 393 de 1991. Revisado el clausulado del convenio del *sub lite*, se pudo apreciar que el mismo está en consonancia con las disposiciones de las normas especiales que lo regulan, en tanto, las acciones y servicios están directamente relacionados con las actividades que se entienden como científicas y tecnológicas (art. 2 Decreto ley 591 de 1991) y, además, se estipuló el aporte de cada unas de las partes del mismo. De otra parte, el convenio objeto de este litigio, fue suscrito el 12 de noviembre de 1991, razón por la cual su régimen jurídico aplicable es anterior al previsto en la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, estatuto contractual de la administración actualmente vigente, toda vez que su celebración tuvo lugar antes de que esta normativa entrara a regir en la mayoría de sus disposiciones a partir del 1 de enero de 1994 y, en particular, respecto de estos negocios jurídicos de la administración, de conformidad con lo dispuesto por su artículo 81. En otras palabras, como quiera que el convenio de SENA - ASCONFECCIÓN nació y se perfeccionó bajo el imperio de una legislación precedente a la Ley 80 de 1993 (Decreto ley 222 de 1983, Ley 29 de 1990, Decretos ley 393 y 591 de 1991), dicho estatuto de contratación no le resulta aplicable, toda vez que, la regla general, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, es que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, disposición reiterada por la propia ley 80 en su artículo 78. Ahora bien, cabe observar que no resulta de recibo la tesis del libelista en virtud de la cual al convenio si le es aplicable la Ley 80 de 1993, por cuanto las partes, el 10 de noviembre de 1994, esto es, en vigencia de aquella, suscribieron una prórroga al contrato, pues, este hecho no altera ni modifica la regla antes expuesta. En efecto, según se dijo, la jurisprudencia aclaró que los contratos adicionales suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993, que adicionarán un contrato celebrado al amparo del Decreto ley 222 de 1993 (o bien otra normativa), sin perjuicio de su interdependencia frente al contrato principal, se rigen por el estatuto vigente al tiempo de la celebración de éste y del cual derivan su existencia, máxime aun cuando, en el *sub lite*, dicha prórroga simplemente amplió el término de ejecución del convenio principal y dejó claramente establecido que continuaban vigentes sus estipulaciones, así como las de la prórroga de 10 de noviembre de 1992 y las adiciones de febrero 4 y noviembre 22 de 1993, de manera que las obligaciones y derechos originales se mantuvieron intactos, sin que pueda predicarse, ni por asomo, la existencia de una novación, o siquiera la fijación de nuevas prestaciones inconexas con su objeto. Por último, como se advirtió, la Ley 80 de 1993 no derogó la Ley 29 de 1990, ni el Decreto ley 393 de 1991, ni los artículos 2, 8, 9, 17 y 19 del Decreto ley 591 de 1991, normativas que conservaron su vigencia y que resultan aplicables a los convenios de cooperación en ciencia y tecnología, como el del *sub examen*.

[Sentencia de 11 de febrero de 2009. Exp. 250002331000200013018-01 \(16.653\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO](#)

#### 6. a) FALLA DEL SERVICIO MEDICO OBSTETRICO

Para la Sala, deviene imputable el daño antijurídico a las instituciones de Salud, en tanto incurrieron en una clara falla del servicio en la atención médico obstetra que requería la señora Salazar Ramírez, lo cual derivó en su muerte y en las lesiones irreversibles para su hija. Lo señalado, en tanto en materia de error de diagnóstico lo relevante no es el yerro en sí mismo -pues la medicina no puede ser considerada como una ciencia exacta-, sino aquel descuido inexcusable que conlleva la falta de aplicación del tratamiento idóneo cuando se tienen claros, concurrentes y múltiples indicios patológicos que debieron ser despejados de manera oportuna, con el fin de que la enfermedad padecida no se hubiera agravado, ya que, el médico, en atención a la posición en la que se encuentra frente al paciente, debe velar porque los riesgos que le resultan previsibles y, de manera específica, por él controlables, se mantengan en la órbita de su manejo y dominio. Lo anterior se ve reforzado, en mayor medida, si se tiene en cuenta que la propia Sala ha reconocido una especial significación en los casos de responsabilidad médica - obstétrica, al señalar que los mismos si bien no deben ser decididos bajo el esquema de la responsabilidad objetiva, sí debe reconocerse un indicio grave de falla del servicio, siempre que el embarazo haya transcurrido en términos de normalidad y que el daño se haya producido una vez intervino la actuación médica dirigida a atender el alumbramiento. Como se desprende de la posición más reciente de la Sala, en asuntos médicos de esta naturaleza -y eventualmente en otros-, la falla podría sustentarse en indicios, es decir, en el solo hecho de que la evolución y proceso de embarazo se hubiera desarrollado en términos normales hasta el momento del parto. Lo anterior, como quiera que el solo indicio de falla del servicio, aunado a la prueba de la imputación fáctica que vincula la conducta con el daño, daría lugar a encontrar acreditada la responsabilidad. Por consiguiente, a la parte actora -en estos supuestos-, le corresponde acreditar el daño antijurídico, la imputación fáctica -que puede ser demostrada mediante indicios igualmente-, así como el indicio de falla, esto es, que el embarazo se desarrolló en términos normales hasta el momento del parto. En esa perspectiva, para la Sala es definitivo que el daño antijurídico tuvo su origen en una falla médica, que se ve reflejada en la actitud pasiva y de tranquilidad asumida por el cuerpo médico que, conociendo varios síntomas y signos de la paciente que eran lo suficientemente indicativos de la existencia de preeclampsia, se confiaron de manera negligente, al someter a aquella a diferentes exámenes de laboratorio que sólo horas más tarde arrojaron un resultado concreto, con la mala fortuna de que las maniobras para producir el parto devinieron tardías, en tanto el cuadro clínico que presentaba la parturienta concluyó en *eclampsia* y en el *síndrome de hellp*, lo que finalmente ocasionó la muerte de la paciente y los daños cerebrales y físicos de la niña Ceballos. Un deber claro del cuerpo médico y paramédico consiste en actualizar permanente su conocimiento, de forma tal que se logre despejar, en la medida de las posibilidades y según los recursos técnicos disponibles, cualquier tipo de duda que lo asalte en el diagnóstico, con miras a que la prescripción o medicación sea suministrada de manera oportuna y lo más expedita posible, a efectos de salvaguardar la integridad del paciente.

#### b) PENSION DE INVALIDEZ Y ATENCION MEDICA SANITARIA Y HOSPITALARIA COMO PERJUICIOS MATERIALES A MENOR DE EDAD CON PARALISIS CEREBRAL

Encuentra probada la Sala la existencia de un dos perjuicios materiales que cuya reparación debe hacerse bajo los postulados del artículo 16 de la ley 446 de 1996, esto es, bajo el faro del principio de la reparación integral. El primer detrimento padecido por Ana Caterine Ceballos Salazar, consiste en la imposibilidad psicofísica en la que se encuentra a causa de la falla del servicio de los entes demandados, motivo por el cual, a lo largo de su existencia, no podrá velar por su propia subsistencia, en la medida en que no logrará desarrollar actividad productiva alguna. Así las cosas, para la Sala, y sin que se vulnere el principio de congruencia -en tanto fue solicitado en la demanda-, se decretará una pensión de invalidez para Ana Caterine Ceballos Salazar, la cual se pagará a partir de la fecha en que esta última adquiera la mayoría de edad, puesto que se presume que a partir de sus 18 años, ingresaría en la etapa productiva de su vida, indemnización que permite reparar el daño emergente futuro sufrido. En consecuencia, una vez Ana Caterine Ceballos Salazar

cumpla los 18 años, podrá reclamar del Instituto de Seguros Sociales -y entre los entes demandados deberá resolverse la forma de quién efectuará la forma de porcentajes y reembolsos-, de una pensión de invalidez correspondiente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente, que se actualizará año por año de conformidad con la actualización que haga el Gobierno Nacional del mismo. Para los mencionados efectos, quien ejerza la guarda o la representación legal de Ana Catherine -que en estos momentos es su padre-, deberá presentar al Instituto de Seguros Sociales, o quien haga sus veces, el certificado de supervivencia de manera mensual, para que esta entidad pague la mencionada suma de dinero, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se presente la cuenta de cobro correspondiente. En conclusión, las entidades demandadas deberán garantizar el pago de una indemnización que se traduzca en una “pensión de invalidez”, la cual deberá ser cancelada desde el momento en que cumpla 18 años (7 de junio del año 2015), hasta que suceda el desafortunado momento de su fallecimiento, pensión que corresponderá a un (1) SMMLV, y que refleja una obligación de dar a la cual quedan vinculadas las entidades demandadas de forma solidaria. Y, si bien, no existe en el expediente un medio probatorio del que se desprenda la valoración del citado daño, ni su cuantificación monetaria precisa, lo cierto es que el juez cuenta con el principio de equidad para la ponderación y valoración del daño. El segundo perjuicio, se traduce en la atención médica, sanitaria y hospitalaria que deberán garantizar tanto el Instituto de Seguros Sociales como el Hospital San Rafael a la menor Ana Catherine Ceballos Salazar, desde el momento de esta sentencia hasta el día en que concurra su fallecimiento. Por lo tanto, las entidades demandadas, o quien haga sus veces, no se podrán negar en ningún momento a la prestación del servicio de salud de Ana Catherine Ceballos Salazar, así como brindarán y suministrarán todos los medicamentos, tratamientos y procedimientos quirúrgicos u hospitalarios que requiera a lo largo de su vida.

[Sentencia de 1° de octubre de 2008, Exp. 2500023260001999901145 01 \(27.268\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO](#)

\* Con aclaración de voto del Consejero Enrique Gil Botero

- Aclaración de voto

#### **PERJUICIO FISIOLÓGICO, DAÑO A LA VIDA DE RELACION Y PERJUICIO POR ALTERACION EN LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA**

Pareciera que el criterio fijado en la jurisprudencia que origina la presente aclaración, es a que el *daño a la vida de relación* adopte un nuevo nombre, bajo el epígrafe de *alteración a las condiciones de existencia*, circunstancia que es a todas luces incorrecta.

#### **7. MEDIDAS SIMBÓLICAS POR VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS. MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA Y PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL**

La indemnización patrimonial, no resulta suficiente para resarcir el daño causado por la muerte de Wilson Duarte Ramón, pues con fundamento en el principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y 8° de la ley 975 de 2005, cuando se trata de violaciones a los derechos humanos es posible ordenar medidas de justicia restaurativa, en aspectos tales como la rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos. Debe precisarse que en la misma decisión, la Corporación ha señalado que las anteriores medidas, cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos, no desconocen los principios de jurisdicción rogada y de congruencia, toda vez que el orden jurídico interno debe ceder frente al internacional, en tanto este último impone la obligación a los Estados, incluida la Rama Judicial del Poder Público, de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación de esas garantías del individuo. Lo mismo consideración se realizó respecto de la no vulneración de la garantía fundamental de la no *reformatio in pejus* (relacionado íntimamente con el de congruencia), en tanto no suponen la modificación o el desconocimiento de los límites

trazados por la *causa petendi* de la demanda, sino que esas medidas suponen una labor pedagógica e instructiva encaminada a sensibilizar a las entidades públicas y a toda la población, acerca de la importancia del respeto de las garantías fundamentales del individuo. De la misma manera, no se hace caso omiso del debido proceso a que tienen derecho las entidades o personas demandadas, quienes sabrán que cuando se trató de este tipo de violaciones es procedente adoptar las medidas conducentes a garantizar el restablecimiento de los derechos conculcados. La Sala se encuentra frente a un evento de clara trasgresión de derechos humanos, procede a determinar las medidas adicionales de reparación que sean procedentes, en orden a garantizar la satisfacción de los derechos y garantías desconocidas por las entidades pública demandada, por la muerte de Wilson Duarte Ramón. La Policía Nacional presentarán públicamente, en una ceremonia en la cual estén presentes los familiares de Wilson Duarte Ramón, excusas por los hechos acaecidos entre el 26 y 27 de marzo de 2004, en la población de Saravena, relacionados con la muerte y tortura del mismo. En similar sentido, el Comando de Policía de Saravena (Arauca), a través de su personal asignado en dichas instalaciones, diseñará e implementará un sistema de promoción y respeto por los derechos de las personas privadas de la libertad, mediante charlas en diversos barrios y centros educativos de tal ciudad, y con entrega, de material didáctico, en el cual la población tenga conciencia de los derechos humanos de los cuales son titulares. La presente sentencia, será publicada, en un lugar visible, en el Comando de Policía de Saravena, por el término de 6 meses, de tal forma que toda persona que visite dicha estación, tenga la posibilidad de acceder al contenido de la misma.

[Sentencia de 28 de enero de 2009. Exp. 07001-23-31-000-2003-00158-01 \(30.340\). M.P.: Enrique Gil Botero](#)

## SECCIÓN CUARTA

### 1. EL COSTO PRESUNTO DE UN INTANGIBLE FORMADO POR EL CONTRIBUYENTE ESTÁ CONFORMADO POR LA MITAD (50%) DEL PRECIO DE VENTA

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN rechazó la deducción del valor de Know How en la declaración de renta de 1996.

**Tesis:** La Sala aprecia que a pesar de que la actora denominó el intangible como “Know How”, al enajenarse el buen crédito de los establecimiento comerciales y su potencialidad de producir un margen de utilidad superior a negocios similares, lo que verdaderamente fue objeto de negociación fue el good will o crédito mercantil, que a la luz de las directrices contables no debía aparecer registrado en la contabilidad, toda vez que este se reconoce contablemente en el momento en que es adquirido o comprado, luego es un requisito que no podía ser exigido por la entidad fiscal para su procedencia. Por tratarse de un activo intangible formado y no adquirido, tampoco era viable demostrar su costo de adquisición menos las amortizaciones en la medida en que se materializa en el momento en que es objeto de transacción (venta), porque los estudios de mercadeo y financieros realizados por la empresa sobre la capacidad de generar utilidades y flujo de efectivo en años posteriores que comprobarían el “good Will” o “crédito mercantil” llevarían a una sobreestimación del patrimonio. El legislador tributario contempló para los bienes incorporeales formados, entre ellos, el good will u otros intangibles, un costo presunto constituido por el cincuenta por ciento (50%) del valor de la enajenación. En otras palabras, el coto de un intangible formado por el contribuyente para efectos fiscales, se presume conformado por la mitad (50%) del precio de venta.

[Sentencia de 26 de enero de 2009. Exp. 41001-23-31-000-2000-03650-01 \(16274\). M.P. Dra. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

## 2. EL DINERO HURTADO PARA EL PAGO DE NÓMINA NO ES DEDUCIBLE COMO PÉRDIDA EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

**Situación Fáctica:** El actor demandó los actos mediante los cuales la DIAN rechazó la deducción por la pérdida del dinero para el pago de la nómina de su declaración de renta de 2000.

**Tesis:** Para efectos fiscales los activos movibles son los bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporales que se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente, a diferencia de los activos fijos que no tienen esta destinación [artículo 60 del Estatuto Tributario]. Aunque el apelante no clasifica el dinero como activo movable o fijo, en todo caso le otorga el carácter de activo para efectos de la deducción consagrada en el artículo 148 citado, a pesar de reconocer que es un bien fungible. El artículo 663 del Código Civil, clasifica los bienes muebles en fungibles y no fungibles y establece que las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles. De acuerdo con lo anterior, al dinero no se le puede dar el tratamiento de un bien susceptible de valoración para ser enajenado dentro del giro ordinario del negocio, porque no tiene esa finalidad y el hecho de formar parte del patrimonio de una persona no cambia su naturaleza. Si bien, a través del dinero el contribuyente realiza operaciones con el fin de producir renta, esa circunstancia evidencia que lo utiliza como medio de pago, no como un bien del cual espera obtener una utilidad. De tal manera que la finalidad de pagar la nómina que en el presente caso esperaba cumplir la demandante con el dinero que le fue hurtado, no justifica el tratamiento de bien deducible que le dio porque contradice lo dispuesto en el artículo 148 citado.

[Sentencia de 26 de enero de 2009. Exp. 23000-23-27-000-2004-00920-01\(15984\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ \(E\)](#)

## 3.- EN LA DEDUCCION POR PÉRDIDAS EN LA ENAJENACIÓN DE ACTIVOS FIJOS ES REQUISITO QUE EXISTA TRANSFERENCIA DE DOMINIO

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN rechazó la deducción por pérdidas en la enajenación de activo de la declaración de renta de 2001.

**Tesis:** Observa la Sala, que la deducción por pérdidas en la enajenación de activos exige la transferencia del dominio de una cosa o algún derecho sobre ella a otra persona, bien sea a título oneroso o a título gratuito. Como ha manifestado la Sala en ocasiones anteriores la “enajenación” significa “La transmisión de la propiedad de una cosa, a cambio de otra (como en la compraventa y en la permuta) o gratuitamente (como en la donación y el préstamo sin interés. En el presente caso, si bien los contratos de mutuo cedidos la sociedad TEXTILES MIRATEX LTDA. constituyeron un activo para ella pues representaron acreencias que constan en documentos y son bienes apreciables en dinero que hacen parte de su patrimonio; no se presentó la enajenación de dichas cuentas por cobrar a la empresa HILANDERÍAS SINTÉTICAS DEL TUY, porque no transfirieron dichas deudas ni a esta última sociedad deudora, ni a ninguna otra persona. Toda vez que no se presentó la enajenación de un activo fijo por parte de la sociedad actora, no le son aplicables los artículos 90, 149 y 352 del Estatuto Tributario y en consecuencia no puede invocarse una pérdida.

[Sentencia de 26 de enero de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-92218-01 \(16322\). M.P. LIGIA LÓPEZ DÍAZ](#)

## 4.- LOS SERVICIOS QUE NO SE UTILICEN TOTALMENTE EN EL EXTERIOR NO ESTÁN EXENTOS DE IVA

**Situación fáctica:** La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración de IVA de 2 bimestre de 1999, para adicionar ingresos brutos por operaciones gravadas que la sociedad había declarado como ingresos brutos por exportaciones exentas de IVA.



**Tesis:** El contrato así descrito corresponde a un “contrato de corretaje”, cuya definición la consagra el artículo 1340 del Código de Comercio así: “Se llama corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación”. La actividad del corredor es completamente promocional, encaminada a poner en contacto a dos personas, para que ellas contraten, sin participar en la conclusión del negocio como mandatario o representante de alguna de las partes. Su labor es preliminar, de promocionar y concertar. Sin embargo, para que procediera la exención del servicio debía darse su “utilización total y exclusivamente fuera de Colombia” [art. 481 lit. e], por lo que se analizó si la utilidad o aprovechamiento del servicio de promoción de ventas se verificó en los países en donde residen las respectivas empresas, pues la “utilización” se predica del destinatario, versa en el disfrute integral y exclusivo del resultado de la actividad ejecutada por el prestador por parte de la sociedad contratante sin domicilio, negocios o actividades en Colombia, lo que implica que deba ser entregado para su aprovechamiento en el exterior. Con base en los anteriores elementos de juicio, la Sala concluyó que la actuación de la DIAN de gravar con IVA los ingresos declarados por la sociedad como exentos, se ajustó a derecho, porque “la utilización del servicio no es total y exclusivamente fuera del territorio colombiano. De acuerdo con lo anterior y por cuanto no existen en el plenario elementos diferentes que modifiquen el criterio expuesto, reitera la Sala que en el caso del servicio de promoción de ventas prestado por la actora por los bimestres 2 a 5 de 1999 y 1 de 2001, si bien fue realizado en el territorio nacional, su utilización no fue exclusiva y totalmente en el exterior, condición necesaria para la exención, razón por la cual en este aspecto se confirmará la decisión de primera instancia, no estando llamado a prosperar el cargo de apelación.

[Sentencia de 26 de enero de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2004-01461 \(16165\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ \(E\)](#)

## 5. EL PAGO A PENSIONADOS A TRAVÉS DE BANCOS NO ESTÁ GRAVADO CON IVA

**Situación fáctica:** El actor solicitó la nulidad del concepto de la DIAN 015470 de 20 de febrero de 2006, conforme al cual están gravadas con IVA las comisiones que perciben los bancos por la prestación del servicio de pago a los pensionados.

**Tesis:** Dado que el pago de la pensión a los beneficiarios de los distintos regímenes pensionales, guarda estrecha y directa relación con el manejo de las pensiones, como parte de la Seguridad Social, pues, con éste se extingue la obligación periódica de las administradoras de pagar las pensiones a los beneficiarios y así permitirles los ingresos para tener una subsistencia digna, no existe ninguna duda de que el servicio que prestan los bancos está vinculado a la Seguridad Social. Cabe anotar que dicha vinculación no se pierde por el hecho de que los bancos efectúen el pago a los pensionados en desarrollo de algún convenio con las administradoras, sea cual fuere la denominación que se le dé al acuerdo, pues, el pago de la pensión, en sí mismo, es el que está vinculado a la Seguridad Social y, como lo precisó la Corte Constitucional, la exclusión del IVA a que se refiere el artículo 476 [3] del Estatuto Tributario, es objetiva, esto es, en atención a los servicios que se presten, no a quien los suministre. Por lo anterior, con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política, procede inaplicar por inconstitucional el artículo 1 [lit. d] del Decreto 841 de 1998, reglamentario del artículo 476 [3] del Estatuto Tributario y citado como fundamento del acto acusado y de la contestación de la demanda, pues, mientras la norma superior excluye del impuesto a las ventas los servicios vinculados con la Seguridad Social de acuerdo con la Ley 100, el citado reglamento exceptúa del IVA “Los servicios prestados por las administradoras dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida”, con lo cual modifica los requisitos de la exclusión y le quita el carácter de objetiva, facultad que sólo corresponde al

legislador (artículo 338 de la Constitución Política). En consecuencia, en el asunto *sub júdice* no existe fundamento jurídico para sostener que la exclusión del IVA por la prestación de servicios vinculados con la Seguridad Social sólo se aplica a las administradoras de los regímenes solidario y de prima media.

[Sentencia de 5 de febrero de 2009. Exp. 11001-03-27-000-2006-00045\(16201\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ](#)

## SECCIÓN QUINTA

### 1. CONCEJALES NO SON FUNCIONARIOS PUBLICOS Y POR LO MISMO NO INHABILITAN A CANDIDATO PARIENTE O VINCULADO

Correspondió a la Sección Quinta conocer en segunda instancia el proceso contra el señor Jorge Felipe Carreño Sánchez, Diputado de la Asamblea del Meta, decidido en primera instancia en forma desfavorable para el demandante, quien atribuía a aquél la inhabilidad del numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, pues su hermano fue Presidente del Concejo de Villavicencio dentro del año anterior a su elección. Esa Sala, con salvamento de voto de la doctora María Nohemí Hernández Pinzón, reiteró la postura según la cual los concejales no son empleados públicos -condición que exige la norma reseñada para que se configure la inhabilidad- sino miembros de corporación pública, que es una categoría diferente de servidor público, lo que deduce claramente del artículo 123 de la Constitución Política. Esta interpretación parte de la base de que los conceptos de funcionario y empleado público no están diferenciados de manera precisa en la Constitución Política. La Sala argumenta que son funcionarios todas las personas naturales que prestan servicios a una entidad pública, independientemente de la forma de vinculación, es decir, legal y reglamentaria, en tratándose de empleados públicos, o contrato de trabajo, de trabajadores oficiales. En otras palabras, que el concepto funcionario público comprende los de empleado público y trabajador oficial y agrega, a partir de la referida norma constitucional y del artículo 312, que éstos son otras clases de servidor público, junto con los miembros de corporaciones públicas. La Consejera disidente se apoya en el criterio que sobre el mismo tema sostenía antes la Sección Quinta (sentencias de 6 de abril de 2006, radicaciones 3859 y 3765), en el sentido de que los miembros de las corporaciones públicas no son empleados, pero sí funcionarios públicos, conceptos que la Constitución Política y la ley utilizan separadamente. Considera, además, que el precepto inhabilitante acude a la expresión “funcionario” para evitar el nepotismo o las dinastías electorales a todo nivel, de modo que los miembros de corporaciones públicas no aprovechen la autoridad administrativa que sin duda les otorga su investidura para direccionar al electorado hacia las campañas políticas de sus parientes o vinculados en los grados y las modalidades señalados a nivel constitucional y legal. El salvamento concluye anotando que la condición de funcionario público debe definirse desde una perspectiva funcional, porque su etimología indica claramente que es todo el que cumple una función pública, lo que cobija a los servidores públicos.

[Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Exp. 50001-23-31-000-2008-00006-02. M.P: MAURICIO TORRES CUERVO.](#)

\* Con salvamento de voto de la Consejera MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN.

### 2. LA INHABILIDAD POR COEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES NO ATIENDE AL ORDEN CRONOLOGICO DE LAS MISMAS Y EN EL CASO DE ELECCIONES DEPARTAMENTALES COMPRENDE LAS MUNICIPALES

Al decidir en segunda instancia la demanda electoral contra el señor Juan Carlos Salazar Uribe, diputado del Valle del Cauca, la Sección Quinta reiteró la tesis vigente según la cual la inhabilidad por coexistencia de inscripciones no tiene en cuenta el orden en que se hayan realizado, es decir, que se configura por igual para los dos candidatos parientes o vinculados en los grados y formas

previstas en la Constitución Política y en la ley que aspiren a cargos de elección popular en la misma circunscripción y por el mismo partido o movimiento político, y no únicamente al que se inscribió segundo. También advierte la Sala en su sentencia que las circunscripciones nacional, departamental y municipal coinciden, de modo que el elemento territorial de esa causal de inhabilidad, para el caso de elecciones departamentales, comprende las que se realicen en los municipios que pertenecen al respectivo departamento y, en esa medida, inhabilitan al candidato a diputado sus parientes o vinculados que aspiren a cargos o corporaciones de elección popular en el nivel municipal, con igual filiación política. Aplicados estos presupuestos al caso concreto, la Sala concluyó que el demandado estaba inhabilitado para ser elegido diputado, debido a que su madre se inscribió por el mismo partido que él como candidata para el Concejo de Dagua, municipio que hace parte del Departamento del Valle del Cauca. Por ésta razón, confirmó la sentencia de primera instancia, que anuló la elección demandada.

[Sentencia de 11 de diciembre de 2008. Exp. 76001-23-31-000-2008-00175-01. M.P: MAURICIO TORRES CUERVO.](#)

### **3. DIRECTOR DE IMPUESTOS DE LA DIAN NO EJERCE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA**

La Sección Quinta revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander que declaraba la nulidad de la elección del señor Néstor Fernando Díaz Barrera como diputado de ese Departamento. El demandante atribuía a éste último la inhabilidad del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, debido a que su padre, dentro de los 12 meses anteriores a su elección, ocupó los cargos de Director de Impuestos y Director General encargado de la DIAN. Para sustentar la legalidad del acto de elección acusado, ésa Sala, con fundamento en los artículos 311 y 357 del Código de Procedimiento Civil, inició por circunscribir su estudio al hecho de haber ocupado el padre del demandado el cargo de Director de Impuestos de la DIAN, debido a que el Tribunal en primera instancia no se ocupó del otro cargo formulado y el interesado no solicitó complementación de la sentencia ni apeló. Luego de tal precisión e invocando el principio supraconstitucional *pro hominem*, en virtud del cual el ejercicio y alcance de los derechos fundamentales debe interpretarse de forma favorable a su titular, realizó un análisis funcional del cargo de Director de Impuestos de la DIAN, establecidas en el artículo 22 del Decreto Ley 1071 de 1999 y concluyó que ése funcionario no tiene poder de mando, porque no toma decisiones administrativas ni impone sanciones, sino que apenas ostenta una competencia instructiva o de orientación de la actividad de los funcionarios que colaboran con la misión institucional de la Dirección.

[Sentencia de 22 de enero de 2009. Exp. 68001-23-15-000-2007-0682-01 M.P: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON.](#)

### **4. DETERMINAR LA FALSEDAD DE LOS DATOS ELECTORALES CONSIGNADOS EN EL FORMULARIO E-24 O CUADRO DE RESULTADOS QUE REGISTRA Y CONSOLIDA LA VOTACIÓN REQUIERE CONSULTAR LA CORRESPONDIENTE ACTA GENERAL DE ESCRUTINIO VERIFICANDO SI EXISTE JUSTIFICACIÓN RESPECTO A LA DIFERENCIA DE DATOS CONSIGNADOS EN EL FORMULARIO E-14.**

El demandante pretende la nulidad del acto que declaró la elección de los Concejales del Municipio de Quibdó (2008-2011). Contrario a lo dicho por el recurrente, sí propuso el cargo de falsedad de los formularios E-24 y, por tanto, el Tribunal de primera instancia estaba facultado para analizar el cargo de falsedad invocado. Planteó como argumento de la demanda una supuesta falsedad derivada del cotejo de los formularios E-14 y E-24, tesis que encuadra dentro de la causal de nulidad por falsedad electoral.

La Sala recuerda que el formulario E-14 (arts. 134, 136 y 142 C.E) o Acta de Escrutinio de los jurados de votación se erige en el primer documento electoral en el que los jurados registran los resultados del cómputo de las tarjetas electorales depositadas en las urnas. Contiene el número de votos a favor de cada partido o candidato de acuerdo con el escrutinio que ellos realizan, una vez

finalizada la jornada electoral. Este documento es la fuente para la realización de los Escrutinios Zonales o Municipales.

El formulario E-24 (arts. 172 y 184 C.E.) es un cuadro de resultados que utilizan las Comisiones Escrutadoras Departamentales, Distritales, Municipales y Auxiliares para registrar y consolidar la votación. Está instrumentado en un programa de computador que genera la información respectiva sobre los resultados. En algunas ocasiones su diligenciamiento es manual.

En situaciones de normalidad, en principio, los datos registrados en el formulario E-24 o cuadro de resultados que utilizan las Comisiones, deben coincidir con los anotados por los jurados de votación en el formulario E-14 que le sirve de base. Así, cuando existe una diferencia numérica entre el dato registrado en el formulario E-24 en relación con lo anotado en el formulario E-14, la Sección ha admitido que esa discordancia en los guarismos, *per se*, no es constitutiva de falsedad, porque puede ocurrir que la misma haya tenido origen en la prosperidad de una reclamación, en el recuento de votos, o en correcciones oficiosas por parte de la Comisión Escrutadora, eventos que deben quedar consignados en el Acta General de Escrutinio. Lo anterior significa que las cifras consignadas por los jurados de votación en los formularios E-14 no son inmutables porque las mismas pueden ser objeto de modificación por parte de la Comisión Escrutadora en los eventos antes señalados, previstos en los arts. 163 y 164 del Código Electoral.

Ahora bien, la falsedad del registro contenido en el formulario E-24 tiene ocurrencia, en aquellos eventos en los que la cifra registrada en este formulario es diferente de la consignada por los jurados de votación en el formulario E-14, sin que medie justificación o explicación válida de esa discrepancia.

En este orden de ideas, a fin de determinar la presunta falsedad de los registros del formulario E-24, según el precedente jurisprudencial de esta Corporación que, se recoge y ratifica, el juez de lo contencioso, en primer lugar, debe examinar los citados formularios para establecer si, en efecto, existen las diferencias anotadas en la demanda. De darse esta hipótesis, debe verificar las actas de escrutinio de los municipios donde se presentaron las anomalías a fin de determinar si existe justificación para dichas discrepancias.

El Tribunal de primera instancia, si bien realizó la comparación de las cifras consignadas en los formularios E-14 y E-24, pasó por alto confrontar las diferencias que arrojó dicha comparación con lo consagrado en las respectivas actas de escrutinio de las Comisiones Escrutadoras Zonales. Esta omisión, a juicio de la Sala, impide que se llegue a la conclusión de que existe falsedad de los formularios E-24, pues, la sola diferencia aritmética de las cifras plasmadas en los referidos documentos, por sí misma, no es constitutiva de falsedad. En consecuencia, la decisión del Tribunal se revoca y, en su lugar, se deniegan las pretensiones.

**Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 27001-23-31-000-2007-001119-01. M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA**

### SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

#### 1. LAS PRIMAS DE ANTIGÜEDAD RECONOCIDAS A EMPLEADOS DEPARTAMENTALES ANTES DE LA SENTENCIA QUE ANULO LA ORDENANZA 019 DE 1981 DE LA ASAMBLEA DE LA GUAJIRA CONSTITUYEN DERECHOS ADQUIRIDOS PARA SUS TITULARES

El Ministerio de Educación Nacional solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil aclarar el concepto 1878 de 29 de abril de 2008, en cuanto a la viabilidad de continuar pagando las primas de antigüedad reconocidas a empleados del Departamento de La Guajira, especialmente los del servicio educativo, en virtud de la Ordenanza 019 de 1981 de la Asamblea de ese Departamento, ante la declaratoria de su nulidad por parte del Tribunal Administrativo, mediante sentencia de 6 de marzo

de 2003. Para resolver tal solicitud, la Sala inició por referirse al concepto de salario, como “todo pago recibido del empleador que además de tener un propósito retributivo constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual”, e invocó el principio de intangibilidad del salario, que se traduce en el derecho a mantener su valor y a que no sea afectado sino por causas previstas en la ley. Seguidamente, advirtió que la mencionada Ordenanza fue expedida con base en normas que en su momento atribuían a las entidades territoriales la facultad de crear factores salariales para sus empleados -como la prima de antigüedad- y que la Constitución Política de 1991 no derogó en bloque la normatividad expedida válidamente con anterioridad, de modo que aquél acto administrativo departamental llegó al régimen constitucional de 1991 como un acto general válido y legal que legitima los reconocimientos de dicha prima. Consideró, entonces, la Sala, que aquellos empleados a quienes les fue reconocida la prima de antigüedad antes de la declaratoria de nulidad de la Ordenanza que la creaba, incluidos los vinculados al servicio educativo, tienen un derecho adquirido de buena fe que resulta inmodificable por la administración, sin perjuicio de la posibilidad de revocarlos con el consentimiento de sus titulares, de conformidad con el artículo 73 del C.C.A., o de acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir los actos administrativos correspondientes a cada empleado. Por último, precisó que el pago de la prima de antigüedad, en el caso de los docentes, debe ser asumido por quien tenga a su cargo el pago del salario del respectivo empleado, teniendo en cuenta que, por regla general, los gastos de nómina y prestaciones de docentes son atendidos con recursos del sistema general de participaciones y, excepcionalmente, con recursos propios del departamento, cuando se trata de docentes contratados por la misma entidad territorial con posterioridad a la Ley 715 de 2001. El Consejero Enrique José Arboleda salvó el voto porque, en su sentir, los actos administrativos que reconocieron primas de antigüedad a los maestros nacionales y nacionalizados antes de la sentencia que anuló la Ordenanza 019 de 1981 no constituyen derechos adquiridos para ese grupo de empleados porque las autoridades departamentales carecían de competencia para aumentar el valor de las plantas de personal de los maestros, en virtud de la Ley 43 de 1975 y, en esa medida, los supuestos derechos adquiridos de los docentes carecen de justo título. Agregó, sin embargo, que los actos administrativos que reconocen ésa prima a docentes departamentales gozan de presunción de legalidad, que sólo se desvirtúa por sentencia anulatoria de la jurisdicción contencioso administrativa.

[Concepto 1878 de 13 de noviembre de 2008. Solicitante: Ministerio de Educación Nacional. Autorizada la publicación el 15 de enero de 2009. M.P: WILLIAM ZAMBRANO CETINA. S.V.: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO.](#)

## **2. EL CONTROL FISCAL DE LAS CONTRALORIAS MUNICIPALES Y DISTRITALES CORRESPONDE A LAS CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES, SIN PERJUICIO DE LA REVISION DE CUENTAS POR PARTE DE LA AUDITORIA GENERAL**

El Ministerio del Interior y de Justicia, a solicitud del Consejo Nacional de Contralores, consultó a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la entidad competente para ejercer el control fiscal sobre las contralorías municipales y distritales. Luego de un juicioso análisis del régimen de vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías, de las modalidades de derogatoria normativa establecidas en la ley y de la sentencia C-1339 de 2000 de la Corte Constitucional, la Sala respondió que ésa competencia la tienen, en forma concurrente, las contralorías departamentales, por expresa disposición del artículo 162 de la Ley 136 de 1994 y la Auditoría General de la República, en virtud de la facultad prevista en el numeral 12 del artículo 17 del Decreto 272 de 2003, ésta última limitada al sistema de revisión de cuentas, definido en el artículo 14 de la Ley 42 de 1993.

[Concepto 1928 de 20 de noviembre de 2008. Solicitante: Ministerio del Interior y de Justicia. Autorizada la publicación el 14 de enero de 2009. M.P: GUSTAVO APONTE SANTOS](#)

## NOTICIAS DESTACADAS

**LANZAMIENTO DEL DVD DE JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO**

El pasado martes, se llevó a cabo el lanzamiento de la primera edición del DVD “93 años de jurisprudencia de Consejo de Estado”, que recopila los pronunciamientos desde 1915 hasta 2008, y contiene más de cincuenta mil providencias.

Como novedad, se incorporaron nuevas opciones de búsqueda, avanzada y combinada, que permite utilizar diferentes criterios para la fácil y rápida consecución de la providencias.

Este valioso trabajo elaborado por la relatoría y la oficina de sistemas de la Corporación, con la colaboración del Consejo Superior de la Judicatura, puede ser consultado en nuestra página Web. [www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co), en la opción relatoría.

**FIRMA DEL COMPROMISO PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL PALACIO DE JUSTICIA DE ANTIOQUIA**

El viernes 13 de febrero, se firmó el compromiso para la construcción del Palacio de Justicia de los Tribunales de Antioquia, como parte de un proceso liderado a instancias del Consejo de Estado.

Este acuerdo de cofinanciación, fue suscrito por el Ministro del Interior y de Justicia, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura y de la Sala Administrativa del mismo, el Director Ejecutivo de Administración Judicial, el Gobernador de Antioquia y el Gerente del IDEA; y contó con el acompañamiento del Señor Presidente de la República, Magistrados del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura, así como de diferentes miembros de los Tribunales de Medellín y Antioquia.

**ELECCIÓN DE NUEVOS CONSEJEROS DE ESTADO**

La Sala Plena de la Corporación eligió en las sesiones de 2 y 10 de febrero de 2009, a los doctores Víctor Hernando Alvarado Ardila y Hugo Bastidas Bárcenas, como nuevos Consejeros de Estado.

El doctor Alvarado Ardila es abogado de la Universidad Libre y especialista en ciencias políticas y derecho administrativo de la misma universidad. Hará parte de la Sección Segunda, en reemplazo del doctor Jesús María Lemos Bustamante.

El doctor Bastidas Bárcenas, quien se venía desempeñando como Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fue elegido como Magistrado de la Sección Cuarta, en reemplazo del doctor Juan Ángel Palacio Hincapié.

**CONSEJO EDITORIAL**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**  
Vicepresidente

**Sala de Gobierno**

**Marco Antonio Velilla Moreno**  
Presidente Sección Primera  
**Alfonso Vargas Rincón**  
Presidente Sección Segunda  
**Ramiro Saavedra Becerra**  
Presidente Sección Tercera  
**Martha Teresa Briceño de V.**  
Presidente Sección Cuarta  
**Filemón Jiménez Ochoa**  
Presidente Sección Quinta  
**William Zambrano Cetina**  
Presidente Sala de Consulta

**Reseña fallos**

Relatoría Consejo de Estado

**Coordinación General**

- **Johana Vega Arenas**  
Secretaría Privada de Presidencia  
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

- **Marcela Zuluaga**  
Relatora Asuntos Constitucionales  
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2167

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

Para cualquier inquietud escríbanos a: [boletin@consejodeestado.gov.co](mailto:boletin@consejodeestado.gov.co)