



República de Colombia
Consejo de Estado

Publicación Quincenal

BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

No 38 - Marzo 9 de 2009
BOGOTÁ, COLOMBIA

www.consejodeestado.gov.co

Contenido:

EDITORIAL

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 4
• Sección Primera	4 - 8
• Sección Segunda	8 - 10
• Sección Tercera	10 - 20
• Sección Cuarta	20 - 23
• Sección Quinta	23 - 26
• Sala de Consulta y Servicio Civil	26 - 28
• Noticias Destacadas	28

Noticias destacadas

IN MEMORIAM

La Jurisdicción Contencioso administrativa lamenta profundamente el fallecimiento de la doctora LILIANA OROZCO DAZA, Magistrada del Tribunal Administrativo del Cesar.

Como nuevo Presidente del Consejo de Estado presento hoy a ustedes un caluroso saludo para entregarles una edición más del Boletín de la Corporación, el cual se ha institucionalizado como uno de nuestros medio de comunicación para divulgar información relacionada con la entidad, así como las novedades jurisprudenciales de la Jurisdicción de lo Contencioso

Administrativo.

Espero, durante el ejercicio de la Presidencia, contribuir al enriquecimiento del Boletín, y a la vez me permito invitar a los funcionarios y empleados de la Corporación a que se unan en la consecución de este objetivo.

Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. EL PLAN DE SERVICIOS DE SANIDAD POLICIAL ES INTEGRAL POR TANTO, DEBE SUMINISTRAR EL TRATAMIENTO MÉDICO ASÍ NO ESTÉ INCLUIDO EN EL POS

Situación fáctica: El actor tuteló para que se ordenara a la Dirección de Sanidad de la Policía le autorizara y entregara el tratamiento, procedimiento, exámenes clínicos, insumos y todo cuanto se requiera para la patología de

trauma maxilar superior, que le garanticen el derecho a la vida en condiciones dignas.

Tesis: En el evento de requerir los exámenes o

tratamientos que están excluidos del Plan Obligatorio de Salud, corresponde a la entidad asumir los gastos y repetir contra el FOSYGA, una vez acredite los requisitos indicados por la Corte Constitucional en la sentencia SU-819 de 1999 en cuanto al otorgamiento excepcional del servicio de salud por fuera del POS en el exterior y en Colombia, en la correspondiente proporción, según lo determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y de acuerdo a la capacidad socioeconómica que logre determinarse. Como respecto del afiliado al plan de servicios de sanidad policial, es integral, no se limita a que de acuerdo al diagnóstico el tratamiento esté contemplado o no en

dicho plan en la medida en que las condiciones científicas lo permitan se deben suministrar. El actor tiene derecho a una vida en condiciones dignas, que de resultar comprometida se inaplique el plan de servicios de sanidad militar y policial que niega la atención, porque deviene en ilegal para su caso concreto.

[Sentencia de 28 de enero de 2009. Exp. 13001-23-31-000-2008-00573-01 \(AC\). M.P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ \(E\)](#)

2. NO SON VÁLIDAS LAS RESPUESTAS AL DERECHO DE PETICIÓN A TRAVÉS DE LAS CUALES SE INFORMA EL TRÁMITE QUE SE ESTÁ ADELANTANDO

Situación fáctica: El actor tuteló para que se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público dar respuesta clara y precisa a las peticiones presentadas el 11 de marzo y 31 de julio de 2008.

Tesis: De la norma constitucional trascrita se observa que la formulación de una petición implica correlativamente para la autoridad ante la cual se presenta, la obligación de dar respuesta oportuna y de fondo a la solicitud del peticionario, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido. Para que la respuesta sea efectiva debe ser expedida oportunamente, resolver de fondo la petición de manera clara y congruente con lo solicitado y debe ser notificada al peticionario. El no cumplimiento de estos requisitos implica la vulneración del derecho fundamental de petición. En relación con la oportunidad de la respuesta, el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo señala 15 días para resolver, sin embargo ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso la autoridad debe explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. En este caso el criterio de razonabilidad deberá tener en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Es claro que las autoridades públicas deben actuar con eficacia y celeridad, por lo cual deben ser diligentes en el trámite y resolución de las solicitudes que ante ellas se presentan. Cualquier desconocimiento injustificado de los plazos establecidos en la ley implica la vulneración del derecho fundamental de petición. De otro lado, se comparte lo considerado por la jurisprudencia constitucional en cuanto no son válidas ni efectivas las respuestas a través de las cuales se le informa al interesado sobre el trámite que se está adelantando o que se pretende realizar.

[Sentencia de 4 de febrero de 2009. Exp. 08001-23-31-000-2008-00566-01 \(AC\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

ACCIONES POPULARES

1. PERMANENCIA DE USUARIOS EN EL ANDÉN CONSTITUYE INVASIÓN AL ESPACIO PÚBLICO.

El hecho de la realización de una fila para el pago de la factura del servicio público de energía que hacen los usuarios al frente de las instalaciones de la Electrificadora del Huila, no es en si mismo lo que constituye la invasión del espacio público, sino la permanencia constante de los mismos en el andén ya que obstaculiza el libre tránsito de los peatones.

En armonía con los artículos 1° y 5° del decreto 1504 de 1998, el artículo 2° del Decreto 1344 de 1970, tal y como fue modificado por el artículo 130 del Decreto 1809 de 1990, dispone que los andenes o

aceras hacen parte del espacio público, en tanto que se definen como la “parte de la vía destinada exclusivamente al tránsito de peatones”.

En este orden de ideas se tiene que el uso de los andenes y la vía pública no debe ser utilizado para otro fin, distinto al definido en la normativa y, además, su perturbación puede afectar derechos fundamentales de amplia protección constitucional y es obligación de los Alcaldes Municipales velar por la conservación de las vías públicas vehiculares y peatonales, y de evitar que aquellas sean indebidamente ocupadas, además de dictar los actos administrativos necesarios para la restitución de los bienes de uso público, entre los cuales están las vías públicas urbanas.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 41001-23-31-000-2004-01015-01 \(AP\). M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.](#)

2. a) La falta de compromisos contractuales claros, precisos y verificables en materia de servicios públicos, amenaza el derecho colectivo al patrimonio público

Conviene observar que la regla excepcional contenida en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142, que autoriza a los municipios a entregar los bienes afectos al servicio a un operador, tiene como contrapartida la obligación de quienes prestan los servicios públicos de invertir en el mantenimiento y recuperación del bien público explotado a través de contratos en los que se transfiera la propiedad o el uso y goce de los bienes destinados a la prestación de los servicios públicos, o “concesiones o similares”, según lo establece el inciso 3º del artículo 25 de la ley 142. De ahí la exigencia de una cuidadosa confección del contrato en cuanto al objeto, su duración, su financiación y en particular en cuanto hace referencia a las obligaciones del operador, las cuales deben incluir metas precisas en cuanto a expansión en cobertura y mejoramiento de la calidad del servicio, determinación precisa de las inversiones y de las obras necesarias para el efecto, sin que baste la simple referencia a porcentajes generales no sujetos a verificación exacta. La Sala advierte que la amenaza al patrimonio público alegada por el actor proviene efectivamente de una falta de un compromiso contractual claro y preciso en cuanto a las metas de ampliación de cobertura, mejoramiento de la calidad y consecencial expansión y mejoramiento del servicio. Se observa amenaza al patrimonio público, en tanto no obstante hacerse entrega de toda la infraestructura del servicio y de permitirse con ello el acceso a un mercado entero que entraña una suerte de “*monopolio natural*”, no se advierten compromisos claros, precisos y verificables en el negocio jurídico celebrado ni en los documentos que sirvieron de base al mismo como los pliegos de condiciones y la oferta presentada, en orden a ampliar la cobertura y a mejorar la calidad del servicio a la población de Puerto Tejada, en particular en cuanto hace al deber de invertir en el mantenimiento, recuperación y expansión del bien público explotado, tal y como se expuso en el apartado de pruebas.

b) Contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos para que estas asuman la prestación se registrarán para todos los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública (Alcance del parágrafo del artículo 31 y del parágrafo del artículo 39 de la ley 142 de 1994)

Las reglas en materia de contratación tan sólo fueron modificadas de fondo por la ley 689 en cuanto hace alusión al artículo 31, mientras que en relación con el parágrafo del artículo 39 de la ley 142 lo que quiso la ley 689 fue armonizarlo con las excepciones al derecho privado introducidas por el parágrafo modificador del artículo 31 de la ley 142 (art. 3 de la ley 689) y por lo tanto hacer referencia explícita al mismo, sin embargo equivocadamente se terminó por aludir al parágrafo del artículo 39. En tales condiciones se tiene que en principio el régimen de contratación aplicable a las modalidades negociales a que hace referencia el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 es de derecho privado. Con todo, lo anterior no significa que el régimen aplicable a los citados contratos especiales para la gestión de los servicios públicos domiciliarios se rijan exclusivamente por el principio de la autonomía comercial dominante en el derecho privado; dentro de las normas exceptivas a la regla remisorial al

derecho privado en materia de contratación en servicios públicos domiciliarios, el citado párrafo del artículo 31 de la ley 142 (modificado por el artículo 3° de la ley 689) prescribe que los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos para que estas asuman la prestación o para que éstas sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación (incluidos los previstos en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142), se regirán para todos los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública y la selección siempre debe realizarse mediante licitación pública (art. 1.3.2.2 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 1° de la Resolución CRA 242 de 2003). Conclusión que viene de armonizar el párrafo del artículo 31 con lo dispuesto por el numeral 39.3 del artículo 39 ambos de la ley 142, el último de los cuales prevé dentro de los contratos especiales, aquellos “*para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos*”. Sobre la base de las consideraciones anteriormente expuestas se precisa concluir que, cuando una entidad territorial celebre un contrato de operación de los que trata el artículo 39.3 tantas veces citado, el régimen jurídico aplicable será el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

[Sentencia de 19 de junio de 2008. Exp. 19001-23-31-000-2005-00005-01 \(AP\). M.P.: Ruth Stella Correa Palacio](#)

* Con aclaración de voto del Consejero Enrique Gil Botero

SECCIÓN PRIMERA

1. CONFLICTO DE INTERESES EN PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL. INTERES DIRECTO PARA LA CONFIGURACION DE LA CAUSAL. COOPERATIVAS

La controversia gira en torno de establecer si el demandado incurrió o no en la violación del régimen de conflicto de intereses al haber tramitado y votado el proyecto de Acuerdo a través del cual se pretendía exonerar del pago del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros, por 10 años, a todo el sector cooperativo y solidario del Municipio de San Pedro de Los Milagros. Sobre el particular, cabe señalar lo siguiente: La Sala Plena de esta Corporación, en numerosos pronunciamientos, ha tenido oportunidad de precisar el alcance de la causal en estudio, con ocasión de los procesos de pérdida de investidura de congresistas que con apoyo en la misma se han promovido, y cuyo conocimiento le fue atribuido en única instancia por la Carta Política (artículos 183, numeral 1, y 184) y la Ley 144 de 1994. De tales pronunciamientos se extrae que dicha causal solo se configura ante la posibilidad de un interés directo, particular y concreto del parlamentario, en este caso, del Concejal, en el asunto objeto de estudio, frente al cual tiene poder de decisión, en razón de sus funciones. De la misma manera, la Sala Plena ha sido enfática en sostener que si el interés se confunde con el que le asiste a todas las personas o a la comunidad en general, en igualdad de condiciones, no se da la causal alegada, pues en tal caso el servidor público estaría actuando en interés de la colectividad y no en el suyo propio, lo que es ajeno a la naturaleza de la labor desplegada. Estima la Sala que en la medida en que los beneficiarios de las Cooperativas no son solo sus asociados, sino la comunidad en general, no puede afirmarse que el beneficio que les reportaría a aquellas el Proyecto de Acuerdo que las exonera del pago del impuesto de industria y comercio y tablero y avisos, implique un interés directo para el demandado, asociado a una de ellas. Conforme lo ha advertido la jurisprudencia de esta Corporación, el interés que puede generar conflicto con el asunto de que se trate debe ser directo, al punto de que el efecto que pueda tener sobre las personas relacionadas en el artículo 70 de la Ley 136 de 1994, resulte inmediato, sin consideración a circunstancias o elementos externos a la decisión y que se produzca de forma especial, particular y concreta, respecto de las mismas, ya sea en su beneficio o en su perjuicio y que no obstante esa situación no se manifieste el impedimento en cualquiera de las dos etapas por las que atraviesa un proyecto, es decir, en la de debate o en la de votación. De tal manera que puede afirmarse que el asunto al que se contrae el Acuerdo en cuyo trámite intervino el demandado afecta al concejal en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general que son usuarios de la Cooperativa, o forman parte de sus asociados trabajadores.

[Sentencia de 5 de febrero de 2009. Exp. 05001-23-31-000-2008-00937-01 \(PI\). M.P.: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

2. a) Régimen de inhabilidades para pérdida de investidura de concejal

Sólo el régimen de inhabilidades de dichos servidores públicos (concejales) es el que opera con fines de pérdida de la investidura de ellos, como igualmente el régimen de inhabilidades de los ediles, de los diputados y de los congresistas es el que cuenta para configurar la causal la pérdida de investidura de unos y otros por violación de ese régimen; luego la tesis del apelante no guarda correspondencia alguna con la norma que consagra tal causal de pérdida de la investidura, toda vez que salta a la vista que se refiere al régimen de inhabilidades de los concejales, en tratándose de éstos, y de ningún otro funcionario. Como lo advierte el Ministerio Público, las inhabilidades de otros funcionarios en lo que concierne a la intervención de los concejales, no son inhabilidades para éstos sino prohibiciones, es decir, una obligación de no hacer o de no realizar determinados actos o actividades en ejercicio de su cargo, situación evidentemente distinta a las inhabilidades. Así las cosas, no se requieren más consideraciones para concluir que lo invocado por el solicitante como fundamento fáctico de su acción no encuadra en la causal de pérdida de la investidura que se le endilga al encartado, esto es la violación del régimen de inhabilidades, que al efecto se trata del régimen de inhabilidades de los concejales, y en modo alguno de los personeros ni de ningún otro servidor público. La consecuencia de desconocer el régimen de inhabilidades de otros funcionarios o cargos en actos oficiales suyos, no puede ser la pérdida de investidura de los concejales, o de los diputados o ediles, según el caso, por no estar tipificada como causal en la normatividad de la pérdida de investidura de esos servidores. Ello no significa que desatender dicho régimen no pueda acarrearles consecuencias, pero ellas, de llegar a darse (en lo disciplinario o en lo penal) no son las de pérdida de la investidura.

b) Proceso electoral y pérdida de investidura. Inexistencia de prejudicialidad

La ahora alegada prejudicialidad del sub lite en relación con el proceso electoral que según su afirmación cursa contra el acto de elección de la personera en cuestión, no tiene cabida, puesto que, como lo pone de presente el Ministerio Público, se trata de dos acciones autónomas y separadas, que tienen sus propios fines y motivos, de suerte que las resultas de una no está condicionada por las de la otra, y las conductas o hechos que se juzgan en cada una son diferentes: En la primera se juzga la conducta de un concejal, diputado, edil o congresista, de donde se trata de un control deontológico y ético político con base en conductas tipificadas por el legislador, mientras que en la segunda se enjuicia un acto administrativo en ejercicio de un control de legalidad.

[Sentencia de 5 de febrero de 2009. Exp. 23001-23-31-000-2008-00124-01 \(\(PI\) M.P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA;](#)

3. JUICIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL TERMINO DE CADUCIDAD TRANSITO DE LEGISLACION

Bajo los parámetros de la Ley 42 de 1993, aplicable en este caso en la medida en que los hechos investigados, la expedición, notificación y firmeza de los actos acusados se produjo bajo su vigencia, y atendiendo la reiterada jurisprudencia frente al tema, dicho fenómeno procesal no tenía cabida en el proceso de responsabilidad fiscal, en la medida en que no constituía una sanción. Es preciso resaltar que la Ley 610 de 2000 previó la figura de la caducidad de 5 años en los juicios de responsabilidad fiscal, contados desde la ocurrencia del hecho generador del daño hasta el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal en firme (artículo 9º); empero esta circunstancia no afecta lo actuado en el proceso administrativo que dio lugar a los actos acusados, pues, como ya se dijo, los hechos investigados, la expedición, notificación y firmeza de los mismos se produjo bajo la vigencia de la Ley 42 de 1993, dado que el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación y con el cual quedó

agotada la vía gubernativa, se notificó el 24 de mayo de 2000, y la Ley 610 de 2000 entró a regir el 18 de agosto del mismo año, en virtud de su publicación en el Diario Oficial CXXXVI No. 44133.

[Sentencia de 5 de febrero de 2009. Exp. 54001-23-31-000-2000-01882-01. M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

4. CELEBRACION DE CONTRATO COMO VIOLACION AL REGIMEN DE INHABILIDADES CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

La violación del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de la investidura de diputado, concejal y edil no fue derogada por la Ley 617 de 2000, pues así lo precisó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, al estudiar una situación similar en lo atinente al punto, al decir que el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no había derogado la causal de pérdida de investidura relativa a la violación del régimen de inhabilidades, razón por la cual ésta conserva su vigencia y por tanto era aplicable al caso sometido a consideración, y es aplicable al caso el artículo 55, numeral 2, de la Ley 136 de 1994, en concordancia con el artículo 48 de la Ley 617 de 2000. En esas circunstancias es fácil inferir que la situación se encuadra en dicha causal en cuanto el demandado celebró los aludidos contratos en beneficio o interés propio dentro del año anterior a su elección, es decir, incurrió en violación del régimen de inhabilidades en cuanto hace al numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Las consecuencias de la ocurrencia de los supuestos señalados en esa norma no se inhiben por las intenciones, motivos o finalidad con que el contratista celebre el o los contratos de que trata la norma, o las circunstancias que condujeron a los mismos, como tampoco por su condición de médico y no de abogado, toda vez que no hace distinción alguna al respecto, ni condiciona o sujeta la inhabilidad a ingrediente subjetivo, circunstancial y teleológico alguno, y menos a ser letrado en materia jurídica, salvo las excepciones señaladas en el artículo 46 de la Ley 136 de 1994, adicionado por el artículo 42 de la Ley 617 de 2000, en las cuales ni siquiera se ha insinuado ubicar los contratos motivo del sub lite. De modo que los fines pueden ser altruistas, o la persona puede ser la única que puede ofrecer el objeto del contrato, o no ser experto en la regulación jurídica pertinente, y nada de ello lo sustrae o excepciona de dicha inhabilidad; menos cuando la inscripción como candidato a concejal es un acto libre o enteramente voluntario de la persona, de suerte que si por el deber profesional se ve avocado a prestar sus servicios a una entidad pública en un municipio determinado, bien puede y legalmente debe abstenerse de aspirar a esa elección, y nada ajeno a él, objetivamente, lo impele a inscribirse para el efecto, y si procede a ello, lo hará bajo la presunción de que conoce la normatividad que regula el proceso electoral y las condiciones para acceder al cargo para el cual se inscriba.

[Sentencia de 5 de febrero de 2009. Exp. 15001-23-31-000-2008-00192-01 \(PI\). M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

5. IRREGISTRABILIDAD DE MARCA CRISS FASHION POR CONFUSION CON CHRIS

Como las expresiones CRISS y CHRIS tienen similitudes en sus aspectos fonético, gráfico, ortográfico y conceptual, la Sala considera que su coexistencia en el mercado para distinguir productos de la Clase 3 podría inducir al público consumidor a error, en cuanto éste al adquirir un producto identificado con la marca CRISS pensaría que está adquiriendo un producto de la marca CHRIS, lo que se denomina confusión directa, al igual que podría pensar que los productos identificados con una y otra marca son fabricados por el mismo productor, lo que se denomina confusión indirecta, con lo cual se verían afectados, como ya se dijo, los derechos del titular de la marca previamente registrada al igual que los del consumidor. Además, no debe pasarse por alto la circunstancia de que los signos en controversia identifican la misma clase de productos, lo que implica que tienen los mismos canales de comercialización y publicidad, como tampoco puede dejar de tenerse en cuenta que se trata de productos de consumo popular, lo que se traduce en que el público al cual van dirigidos escogerá

desprevenidamente el producto de la marca que ya le es familiar, para el caso CHRIS o CRISS, sin que le ponga especial atención a la expresión FASHION que acompaña a ésta última, máxime cuando está escrita en idioma extranjero (inglés), pues en su mente el nombre CHRIS O CRISS será el de fácil recordación, independientemente de que se escriban de diferente manera, aunque muy similar, dado que su aspecto fonético es idéntico. Como entre los signos CHRIS y CRISS sin lugar a dudas existe identidad en sus aspectos fonético y conceptual y similitud en su aspecto ortográfico, lo cual a la luz de las disposiciones comunitarias que interpretó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no hace posible su coexistencia en el mercado, la Sala concluye que no fue desvirtuada la presunción de legalidad de los actos acusados.

[Sentencia de 5 de febrero de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2005-00130-01. M.P.: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

6. a) Competencia para reglamentación de conflicto de intereses

El inciso 3 prohíbe al liquidador contratar, directa o indirectamente, como auxiliares o asesores, con parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o con su cónyuge, como también con sociedades de las cuales sean socios él o su cónyuge o los parientes anteriormente indicados. A juicio de la Sala, como fundamento legal de la disposición analizada no puede tenerse la norma anteriormente transcrita, pues ésta ordena a los administradores abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, sin que sea de recibo lo señalado por la Superintendencia de Sociedades en la contestación de la demanda respecto de que "...en tal virtud, la disposición sólo precisa categóricamente qué actos constituyen de parte del administrador un conflicto de interés y en los cuales debe abstenerse de participar", pues la determinación de lo que constituye conflicto de interés es del resorte de la ley o del Gobierno, por autorización expresa del legislador, circunstancia que no se demostró que se presentó en este caso, razón por la cual la demandada usurpó una función que le compete al Congreso.

b) Código único disciplinario aplicable a liquidador de sociedad y naturaleza de los contratos por ellos celebrados

Si bien le asiste razón a la Superintendencia de Sociedades cuando sostiene que a los liquidadores se les aplica el Código Único Disciplinario en cuanto ejercen temporalmente funciones públicas, también lo es que tal circunstancia no muta la naturaleza de los contratos que suscriben en su condición de liquidadores de sociedades de carácter privado con sus asesores o auxiliares, es decir, que tales contratos no pasan a ser estatales, razón por la cual no puede aplicarse a éstos el régimen de inhabilidades previsto en el estatuto de contratación administrativa (Ley 80 de 1993). Por último, esta Corporación considera que también se extralimitó la Superintendencia de Sociedades al disponer que cuando el liquidador contrate sin la previa autorización de su junta asesora las obligaciones generadas por dichas contrataciones serán con cargo a sus honorarios, pues ello constituye una sanción que no se encuentra prevista ni en la Ley 222 de 1995 ni en el Decreto Ley 1080 de 1996, sin que pueda, por tanto, el funcionario crearla mediante un acto administrativo, pues ello es competencia del legislador.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 11001-03-24-000-2004-00365-01. M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

7. ELECCION DE PARIENTE DE CONCEJAL COMO PERSONERO NO CONFIGURA CONFLICTO DE INTERESES PARA PERDIDA DE INVESTIDURA

La Sala precisa, como lo señaló el Tribunal, que al tenor del artículo 43 de la Ley 136 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, entre las causales taxativas de inhabilidad que llevan a la pérdida de investidura no se encuentra el hecho de que los concejales participen en una elección y quede elegido un pariente suyo en tal grado de afinidad, en este caso concreto el elegido fue el personero municipal,

pariente en segundo grado de afinidad con la demandada. La Sección considera que es palmario el error en que incurrió el fallo apelado al concluir que se incurrió en conflicto de interés, porque la ley no prohíbe que sean designados funcionarios en el respectivo municipio los parientes en segundo grado de afinidad del concejal, sino por el contrario, lo permite. Debe la Sala aclarar que la norma se aplica en todos los municipios independientemente de su categoría, lo cual se deduce del pronunciamiento de la Corte Constitucional. Por el sólo hecho de que la demandada haya participado en la elección del personero municipal, mal puede endilgársele un conflicto de intereses porque como bien lo expresa el Procurador Delegado se estaría desconociendo el derecho fundamental a elegir y ser elegido y se estaría extendiendo la causal de conflicto de interés a una situación que no está prohibida. Entonces armonizando las normas aplicables y los hechos encuentra la Sala que la conducta del demandado no está enmarcada dentro del conflicto de interés como causal de pérdida de la investidura.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. . 05001-23-31-000-2008-00643-01\(PI\). M.P.: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

8. EJERCICIO DE LA HOMEOPATIA. VIGENCIA LEY 14 DE 1962

Los apelantes sostienen que su situación encuadra dentro de lo previsto en el parágrafo 2 del artículo (Ley 14 de 1962,), por cuanto obtuvieron sus títulos de homeópatas en 1978 y 1979, sin que, a su juicio, la expresión “...que hayan adquirido legalmente el título, licencia o permiso...” para ejercerla signifique que debieron adquirirlo antes de la entrada en vigencia de la Ley 14 de 1962, interpretación con la que se encuentra en total desacuerdo esta Corporación, pues ello implicaría que, aún hasta la fecha, quienes adquieran simplemente el título de homeópatas puedan ejercer dicha rama o sistema de la medicina, lo cual es abiertamente contrario a lo que dispuso la Ley que regula, precisamente, la profesión de medicina. De igual manera, al resolver sendas demandas contra los actos proferidos por el Ministerio de Salud que negaron la solicitud de inscripción como médicos homeópatas de dos de los aquí terceros directos interesados en las resultas del proceso, esta Sección se pronunció sobre la imposibilidad de que los mismos puedan ejercer la homeopatía después de haber entrado en vigencia la Ley 14 de 1962. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 14 de 1962 la homeopatía es una rama de la medicina, razón por la cual al no haber obtenido los recurrentes su título de homeópatas antes de la entrada en vigencia de la ley en cita, no puede afirmarse que tenían un derecho adquirido con justo título para ejercerla.

[Sentencia de 5 de febrero de 2009. Exp. 25000-23-24-000-2003-00803-02. M.P.: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. LA PENSION GRACIA SE LIQUIDA TENIENDO EN CUENTA LOS SERVICIOS PRESTADOS COMO DOCENTES Y NO COMO CARGOS ADMINISTRATIVOS EN COMISION

Los servicios válidos para la titularidad de la pensión gracia de jubilación son los prestados como maestro de escuelas primarias oficiales, empleado o profesor de escuela normal, inspector de instrucción pública o profesor de establecimiento de enseñanza secundaria, en las condiciones que cada ley haya determinado, por lo que en concepto de esta Sala, el juez de primera instancia acertó al ordenar el reconocimiento de la prestación social reclamada. Ahora bien, esta Sala no comparte el argumento esgrimido por la parte recurrente en el sentido de liquidar la pensión gracia de jubilación con los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status pensional, esto es, en el cargo administrativo desempeñado en comisión, por tratarse de una pensión de régimen especial que se adquiere por los servicios docentes prestados, de tal suerte que para el caso sub - júdice, el último año que sirve de fundamento para su liquidación es aquel en el cual se desempeñó como docente (1995 - 1996). Así las cosas, la pensión gracia de jubilación del actor se liquidará con base en el 75% del promedio de lo devengado en el año anterior al último año de servicios docentes prestados, conforme lo determinó el a - quo.

[Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Exp. 25000-23-25-000-2006-00723-01\(1275-07\) M.P.: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.](#)

2. SE DECLARA NULIDAD DE UN ACTO DE RETIRO POR SUPRESION DEL CARGO EN EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES POR SER EXPEDIDO POR FUNCIONARIO INCOMPETENTE

Mediante comunicación de 23 de enero de 2004, el Director de Talento Humano informó a la demandante su retiro de la entidad por supresión del cargo que venía desempeñando, manifestándole las opciones que le asistían de optar entre la reincorporación o la indemnización en virtud del artículo 39 de la Ley 443 de 1998. Posteriormente mediante Resolución 0275 de 30 de enero de 2004, el Viceministro de Relaciones Exteriores encargado de las Funciones del Despacho de la Ministra de Relaciones Exteriores, en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto 1679 de 1991, el Decreto 274 de 2000 y el Decreto 111 de 2004, hizo las incorporaciones a la nueva planta de personal sin incluir el nombre de la actora para ninguno de los 8 cargos de Auxiliar Administrativo Código 5120 Grado 16 que subsistieron. En este orden de ideas el acto que determinó el retiro de la actora fue el expedido por el Director de Talento Humano, quien antes de que el nominador hiciera las incorporaciones y determinara quiénes serían reincorporados a la nueva planta, ya había retirado a la actora a través del oficio demandado arrogándose una facultad que no le correspondía. En consecuencia se presenta una de las causales de nulidad de los actos administrativos, cual es el ser expedido por funcionario sin competencia, pues la potestad nominadora, en el presente caso, radica en cabeza del Ministro.

[Sentencia de 17 de julio de 2008, Exp. 25000-23-25-000-2004-03720-01 \(2181-07\). M.P.: ALFONSO VARGAS RINCON.](#)

3. FUNCIONARIO DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION PIERDE EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE CESANTIAS RETROACTIVAS AL ACCEDER A UN CARGO REGULADO SALARIALMENTE POR UN RÉGIMEN QUE CONSAGRA LAS CESANTÍAS ANUALIZADAS

De la fecha de ingreso del actor a la Procuraduría General de la Nación y de su decisión de acogerse al régimen salarial establecido en el Decreto 51 de 1993 se deduce que, en principio, el actor, pese a la entrada en vigencia de un régimen salarial y prestacional nuevo, continuó siendo beneficiario del régimen de cesantías retroactivo regulado por la Ley 6ª de 1945, Decreto 1726 de 1973 y concordantes. En virtud del principio de inescindibilidad de la Ley no es jurídicamente viable conceder beneficios de uno y otro régimen para obtener de cada uno lo mejor, como sería permitir que un funcionario perteneciente al nuevo régimen de la Procuraduría General continuara gozando de la retroactividad de cesantías, beneficio que fue eliminado de su regulación. El establecimiento de cargos y la determinación de su remuneración y beneficios prestacionales no es facultativo de los funcionarios y empleados a quienes se aplica, por el contrario, su determinación es normativa, por ello se habla de vinculación legal y reglamentaria. El acceso a un determinado cargo lleva implícitas unas consecuencias que previamente están reguladas y deben ser acatadas en su integridad. Así, a pesar de que el actor se acogió en 1993 al régimen anterior regulado por el Decreto 51, conservando con ello la retroactividad de sus cesantías, en 1997 su situación laboral fue modificada ostensiblemente al ingresar a ocupar un cargo cuya remuneración se encontraba establecida en el decreto anual que regula el régimen nuevo. El acceso a los beneficios contemplados en el Decreto 56 de 1997 implica que acoge la totalidad de sus estipulaciones salariales y prestacionales, entre las cuales se encuentra la de someterse a un régimen anualizado de cesantías.

[Sentencia del 9 de octubre de 2008, Exp. 25000-23-25-000-2000-06793-01 \(3021-2004\), M.P.: Jesús María Lemus Bustamante.](#)

4. REVOCATORIA DIRECTA DE ACTO DE NOMBRAMIENTO DE INSPECTOR DE POLICIA POR NO ACREDITAR REQUISITOS DE FORMACIÓN ACADÉMICA Y POR UTILIZAR MEDIOS ILEGALES PARA SU EXPEDICIÓN

Los requisitos para tomar posesión del cargo de Inspector de Policía o Permanencia, consagrados en los artículos 1 y 2 del Decreto 800 de 1991 son: ser bachiller y haber desempeñado funciones judiciales de policía o administrativas de contenido jurídico en el sector público por un año o más, o aprobar un curso sobre derecho policivo de una duración no inferior a 160 horas. Si bien, el demandante afirma que para la posesión como Inspector no se le exigió acreditar requisito alguno de formación académica, lo que evidencia precisamente la omisión de la Administración al no exigir los requisitos legales que se requerían para el desempeño del cargo, manteniendo a un empleado público no apto para su ejercicio, sin que de manera alguna pueda deprecar judicialmente un reintegro e indemnización, por la revocatoria de su nombramiento. Como el Decreto acusado en su parte considerativa advierte que el actor no fue inscrito extraordinariamente en Carrera Administrativa, porque para acreditar sus estudios de bachillerato aportó un certificado del IDEM Buenos Aires en el que se afirma que aprobó “los estudios correspondientes al undécimo de bachillerato, durante el año lectivo de 1979.” siendo desvirtuado por otra certificación expedida por la misma institución educativa. En estas condiciones, la motivación para revocar el nombramiento del actor, se ajustó al artículo 5 de la Ley 190 de 1995 que prevé la revocatoria de los nombramientos si se efectuaron sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo y a lo consagrado en el artículo 73 del C.C.A., en razón a que para el nombramiento se utilizaron medios ilegales.

[Sentencia del 10 de julio de 2008, Exp. 05001-23-31-000-1998-02212-01 \(2969-2005\). M.P.: BERTHA LICUA RAMIREZ DE PAEZ.](#)

SECCIÓN TERCERA

1. a) Acción in rem verso en virtud del principio iura novit curia

Debe entenderse que la acción ejercitada por el actor es la de *in rem verso*, en tanto que no es posible discutir, por vía de la acción contractual, el reconocimiento económico causado por la ejecución de una prestación, cuando no existiere de por medio un contrato en los términos previstos por la ley contractual, es decir, cuando su fuente no es contractual. Con fundamento en el principio “*iura novit curia*” - expone el hecho que el juez conoce el derecho-, el juez está facultado para interpretar si la acción es o no de naturaleza contractual, respetando la causa petendi, con el fin de que la inadecuada escogencia de la acción por parte del actor no constituya impedimento para emitir un fallo de fondo. Asumir una posición contraria sería rendirle un culto injustificado a la forma por la simple forma, con desconocimiento del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 288 superior, en virtud del cual el juzgador está en el deber de interpretar la demanda, establecer la materia del litigio, con prescindencia de la forma.

b) competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer controversias del instituto de seguros sociales

El artículo 1º de la Ley 1107 de 27 de diciembre de 2006, por medio de la cual se modificó el artículo 82 del C.C.A., amplió la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para dirimir las controversias y litigios originados en todo tipo de actividad adelantada por las entidades públicas y no solo las referidas a “controversias y litigios administrativos”, modificación que incluye a todas las entidades estatales, sin importar la función que cumplan, ni el régimen jurídico que les sea aplicable, ni el tipo de controversia de que se trate-contratual, nulidad y restablecimiento del derecho, responsabilidad extracontractual, etc.-, puesto que de un criterio eminentemente material u objetivo,

que permitía distinguir las actividades de las entidades públicas entre aquellas que correspondían a una función administrativa y aquellas que no, pasó a un

criterio predominantemente subjetivo u orgánico, en el cual lo importante es la naturaleza del órgano o sujeto que actúa y no la de su actividad. Como quiera que a la fecha de ocurrencia de los hechos y de presentación de la demanda, el Instituto de los Seguros Sociales, había sido reestructurado por el Decreto 2148 de 1992, como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, naturaleza que fue confirmada por el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, resulta claro que dicho instituto es una entidad pública descentralizada del orden nacional en los términos del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, siendo así no queda la menor duda de que esta jurisdicción es competente para conocer de la controversia.

c) Principio del no enriquecimiento sin causa fuente de obligaciones

Cuando un particular ejecuta prestaciones en favor de la Administración, sin que previamente se hubiere formalizado un contrato o impartido la orden correspondiente, con los requisitos indicados en la ley, dicho particular tiene derecho a un reconocimiento económico pero no con fundamento en el contrato, debido a que éste nunca se ha perfeccionado o existido, sino, en virtud del principio del no enriquecimiento sin causa. El principio general del derecho que prohíbe el “*enriquecimiento sin causa*” ha sido materia de aplicación por la jurisprudencia tanto de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia como de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en virtud de la interpretación efectuada al artículo 8° de la Ley 153 de 1987, según el cual “*Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.*” De otra parte, el artículo 831 del Código de Comercio consagra este principio en los siguientes términos: “*nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*”. Así, cuando la Administración no ha formalizado un contrato, tal hecho no puede convertirse en fuente de enriquecimiento de su patrimonio, en detrimento del patrimonio del particular que ha ejecutado las correspondientes prestaciones, puesto que en virtud del principio del no enriquecimiento sin causa, la Administración se encuentra obligada a restituir aquella parte que fue objeto de su enriquecimiento siempre y cuando se den los elementos de la figura y por ende, se acrediten los presupuestos para la procedencia de la *actio de in rem verso*. Desde esta perspectiva el enriquecimiento sin causa se erige en fuente de obligaciones, según lo ha determinado la jurisprudencia y lo ha entendido la doctrina nacional, a la par con el contrato, el cuasicontrato, los actos jurídicos, los actos ilícitos (delito y cuasi-delitos) y la ley, (artículo 1494 del C.C.).

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 07001-23-31-000-1997-00705-01 \(15662\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR](#)

2. a) La congruencia del laudo no se verifica mediante la simple comparación entre lo probado y lo decidido, sino entre lo pedido y lo decidido

El laudo es extrapetita porque se pronunció sobre hechos no demostrados en el proceso arbitral (Causal 8, artículo 38, decreto ley 2279 de 1989). Al efecto explicó el Ministerio Público que el laudo es incongruente porque accedió a las súplicas de la demanda a pesar de que la convocante no demostró el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, esto es, tomó en consideración hechos no probados en el proceso con lo cual, se alega, comprendió asuntos no sometidos a su conocimiento. Respecto del sustento de este cargo la Sala reitera lo ya expuesto sobre las condiciones de procedencia de esta causal y precisa que la misma no está configurada por una falta de correspondencia entre lo probado y lo decidido. La correspondencia hay que buscarla entre lo pedido y lo decidido. Pues de otra manera quedaría el juez del recurso de nulación, por la vía de esta causal, facultado para revisar la manera como el tribunal de arbitramento valoró los hechos y la forma como definió la acreditación de los supuestos de hecho de las normas en que el convocante sustentó sus peticiones. Materia que, como se explicó suficientemente, escapa al ámbito de este recurso.

b) Los poderes del árbitro y la excepción de contrato no cumplido

La excepción debe proponerla el interesado en la correspondiente oportunidad procesal y el laudo no es infrapetita cuando el Tribunal de arbitramento se abstiene de analizarla de manera expresa por esta circunstancia. *El laudo es infrapetita, porque los árbitros no se pronunciaron oficiosamente obre la excepción de contrato no cumplido, pese a que sus elementos estaban configurados*” (Causal 8, artículo 38, decreto ley 2279 de 1989). El Ministerio Público alegó, como sustento de esta causal, que el tribunal

de arbitramento debió declarar la excepción de contrato no cumplido, toda vez que “*Si el cumplimiento cabal del objeto convenido es lo que coloca al contratista en posición legítima de reclamar una prestación debida por la parte contratante, entonces inevitablemente este hecho se convierte en una de las cuestiones que debía someterse al arbitramento, ya que por expreso mandato del artículo 1609 del C.C. (...) se trata de una situación que, como pocas, tiene el carácter de excepción, que puede ser declarada de oficio por el Juez.*” Fundó la ilegalidad del laudo en que la entidad contratante estaba en la “imposibilidad jurídica” de cumplir por el incumplimiento previo en que se encontraba el contratista convocante y este hecho, a su juicio, claramente demostrado no fue tenido en cuenta por el tribunal de arbitramento. Al respecto cabe tener en cuenta que la *exceptio non adimpleti contractus*, además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art. 1609 del C.C.), es una regla de equidad que orienta los contratos fuente de obligaciones correlativas, aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del art. 13 de la ley 80 de 1993. Esa figura permite a la parte contratista no ejecutar su obligación mientras su co contratante no ejecute la suya. Luego de una importante división jurisprudencial y doctrinal en torno a la aplicación de esa excepción respecto de los contratos estatales, la jurisprudencia de esta Corporación la acogió en desarrollo de los principios de equidad y buena fe que la sustentan, mediante un tratamiento más riguroso frente a su aplicación, en consideración a la prevalencia del interés público que orienta la contratación estatal. Esta Corporación ha aceptado entonces la aplicación de la excepción de contrato no cumplido siempre condicionada a los siguientes supuestos: i) La existencia de un contrato fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas. ii) La no ejecución de prestaciones a cargo cada una de las partes contratantes; iii) Un incumplimiento de la Administración grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista. La Sala precisó además que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo, no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la *bona fides in solvendo* (art. 83 Constitución Política). En el evento de que se prueben las condiciones que configuran la excepción de contrato no cumplido, se desdibuja el incumplimiento del contratista, pues conforme lo establece el artículo 1609 del C.C., él no está obligado a cumplir sus obligaciones cuando la entidad contratante incumplió las propias. Así, dentro de los efectos que produce la presencia de la excepción de contrato no cumplido, está la imposibilidad para el juez o árbitro de declarar el incumplimiento del contratista. En el caso concreto como se explicó precedentemente, la entidad convocada no contestó oportunamente la demanda, no se opuso a las pretensiones, no formuló válidamente excepciones y no intervino diligentemente en las otras oportunidades procesales en las que pudo oponerse eficazmente a lo pretendido por la convocante. La Sala advierte además que según lo expuesto por la jurisprudencia, el juez puede válidamente interpretar argumentos de la oposición sustentados en el incumplimiento del demandante, para entender propuesta la excepción de contrato no cumplido. Pero en el caso como el presente, en el que ni siquiera se contestó la demanda, mal podrían los árbitros considerar propuesta la aludida excepción. Considera además la Sala que cuando el tribunal de arbitramento accedió a las pretensiones de la contratista convocante, desechó la procedencia de la excepción de contrato no cumplido. En efecto, si bien es cierto que el juez o árbitro debe definir la prosperidad de las pretensiones de responsabilidad que el actor fundamenta en el incumplimiento del demandado mediante el análisis de todos los hechos probados en el proceso, en el caso concreto, con las pruebas obrantes los árbitros encontraron demostrado el incumplimiento que alegó la convocante y en ello fundaron su decisión, contenida en un laudo que no es pasible de un recurso de apelación, ya que por la vía de las causales esbozadas por los recurrentes, no le es dable a la Sala modificar dicha valoración. Dicho en otras palabras: si para el tribunal de arbitramento está demostrado el incumplimiento del municipio de Riohacha, el juez del recurso de anulación, so pretexto de desatar la impugnación fundamentada en que el laudo es *Infra* o *extra petita*, no puede revisar esa consideración, mediante una nueva valoración de las pruebas obrantes en el expediente. La circunstancia de que los árbitros hubiesen considerado probado el incumplimiento de la entidad convocada, conduce a entender que, para el tribunal de arbitramento las omisiones del municipio fueron injustificadas, decisión de fondo que se torna inmutable para la Sala, en acatamiento de los límites impuestos por la ley para el recurso extraordinario de anulación, por la vía de las causales invocadas.

3. ES IMPROCEDENTE DECLARAR OFICIOSAMENTE LA NULIDAD DEL LAUDO CUANDO EL VICIO NO ESTÁ EN EL PACTO ARBITRAL.

La Sala advierte que al efecto se requiere que el vicio esté en el pacto arbitral. Porque el hecho consistente en *haberse pronunciado sobre la legalidad de un acto administrativo* debió alegarse por la parte interesada o el Ministerio Público como sustento de lo previsto en la causal contenida en el numeral 4 artículo 72 de la ley 80 de 1993. *El Procurador Cuarto solicitó declarar oficiosamente la nulidad del laudo con fundamento en que el tribunal de arbitramento carece de jurisdicción para resolver el litigio toda vez que la materia sometida a su conocimiento está regulada en el acto administrativo por medio del cual el Municipio de Santa Sofía liquidó unilateralmente el contrato. Respecto de la competencia del juez del recurso para declarar oficiosamente la nulidad del laudo explicó que es “una facultad insita del juez al evidenciar una nulidad insaneable que afecta todo el proceso incluido el laudo.” Al efecto se precisa que son precisamente vicios como los planteados por el Ministerio Público, falta de competencia, falta de jurisdicción, los que pueden alegarse a través de las causales dispuestas por el legislador para la anulación de los laudos arbitrales, sin que resulte procedente pronunciarse sobre ellos cuando los interesados renunciaron a invocarlos a través del mecanismo legal correspondiente.*

[Sentencia de 3 de diciembre de 2008. Exp. 11001-03-26-000-2008-00080-00 \(35.791\). M.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA](#)

4. NO RESULTA PROCEDENTE DECLARAR LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA ENTIDAD CUANDO A PESAR DE PROBARSE LA NO ENTREGA DEL INMUEBLE ARRENDADO, NO SE DEMUESTRA EL DAÑO

De las pruebas que obran en el proceso se desprende que las partes celebraron el contrato con pleno conocimiento de que el Terminal de Transportes no estaba en funcionamiento, circunstancia de la que se derivó la imposibilidad de usufructuar el bien. En efecto, el contrato se firmó el 17 de mayo de 1992, fecha en la que la contratista no contaba con la licencia de funcionamiento del inmueble y, adicionalmente, en la cláusula Décima Segunda del contrato, la demandante declaró recibir el bien en *“buen estado de funcionamiento”*. Por esta razón el actor mal puede alegar que esa circunstancia le causó un daño en la medida en que él conocía de antemano las condiciones en las que se encontraba el bien y además el contrato no se condicionó a la entrada en funcionamiento de todo el terminal, razón por la cual se impone concluir que en este caso no se lesionó derecho alguno del actor, no se configuró el daño y, en consecuencia, no hay lugar a la indemnización de perjuicios. Recuérdese que la indemnización de perjuicios procede cuando se declara la responsabilidad, en este caso contractual, y ante la ausencia de la prueba del daño, la misma resulta improcedente. Por ende la Sala confirmará lo dispuesto por el Tribunal en cuanto declaró el incumplimiento del contrato, declaración que, por sí sola, no genera la obligación de indemnizar perjuicios.

[Sentencia de 28 de enero de 2009. Exp. 25000-23-26-000-1995-01098-01 \(16.707\). M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA](#)

5. EFECTOS DE LA REVOCATORIA DEL MANDATO FRENTE A TERCEROS

Quien confiere el mandato, puede así mismo dejarlo sin efectos, es decir revocarlo, obviamente con la carga de asumir las consecuencias de dicha decisión. Conforme a lo anterior, se entiende entonces, que la decisión de terminación del mandato debe ser puesta en conocimiento de los terceros para efectos de prevenir el surgimiento de obligaciones a cargo del mandante, a partir de las actuaciones de quien ya no es su mandatario; de igual manera, el tercero que, teniendo conocimiento de la terminación del mandato acepte negocios con quien ya no es mandatario, no estará obrando de buena fe y por lo tanto, deberá asumir las consecuencias negativas de su actuación, puesto que el antiguo mandante no asumirá ninguna obligación frente a él; dicho en otras palabras, una vez enterado el tercero de la desaparición del mandato, debe abstenerse de adelantar cualquier negociación tendiente a vincular al mandante, con quien ya no ostenta la calidad de mandatario.

[Sentencia de 4 de diciembre de 2008. Exp. 25000-23-26-000-1996-02923-01 \(15.937\). M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA](#)

6. INEXISTENCIA DE DAÑO POR VIOLACION DEL DERECHO A LA HONRA Y AL BUEN NOMBRE DE GENERAL RETIRADO DEL EJÉRCITO

Es claro para la Sala que ni el concepto que la colectividad tenía del M. General Monsalve, ni el valor intrínseco de dicho señor como miembro de la comunidad se vieron conculcados con ocasión de la responsabilidad que el Ministerio de Defensa le endilgó por los hechos del 21 y 22 de julio de 1992; prueba de lo anterior es el hecho de que la prensa escrita criticó contundentemente el hecho de que dicho M. General hubiese sido retirado del servicio activo, que le otorgó cuando menos en 4 oportunidades la posibilidad de expresar su descontento con la situación en la que estaba inmerso, de criticar a su vez el manejo que el Gobierno Nacional y el Ejército Nacional le dieron al fallido operativo, e incluso, de proponer un “revolcón” militar para conjurar la crisis en la que estaban envueltas las fuerzas militares. Lo anterior le permite a la sala inferir que lejos de haber sido conculcado el buen nombre y la honra del M General, su opinión fue considerada por los medios de comunicación impresos, como una voz moralmente autorizada para criticar y poner en evidencia las fallas en las cuales pudo haber incurrido el Ejército Nacional y el mismo Gobierno. Así mismo, es contundente la forma como el M. General fue apoyado por los miembros del congreso de la República, quienes repudiaron el hecho de que su renuncia hubiese sido aceptada, cuando era palmaria su ausencia de responsabilidad en el fracaso del operativo militar llevado a cabo el 21 y 22 de julio de 1992. En consecuencia, la Sala estima que el alegado daño no se produjo y que cualquier afectación al buen nombre y a la honra del M. General y de su familia, quedó ampliamente compensada con las manifestaciones de apoyo recibidas por él de parte de la opinión pública, de los medios de comunicación escritos y del Congreso de la República de Colombia, de manera concomitante con la conducta que la parte demandante repudia de la entidad pública demandada.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 25000-23-26-000-1994-00054-01 \(16576\). M.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA](#)

7. a) Desaparición forzada cómputo del término de caducidad

Con la expedición de las Leyes 589 y 590 de 2000, se tipificó el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura como hechos punibles. Particularmente, el artículo 268 B de la primera legislación en relación con la desaparición forzada, previó que el particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años; y seguidamente el artículo 268B dispuso que dicha pena será incrementada de cuarenta (40) a sesenta (60) años cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción, o cuando por causa o con ocasión de la desaparición forzada le sobrevenga a la víctima la muerte o sufra lesiones físicas o psíquicas. Igualmente, el artículo 7° adicionó el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en el sentido de que el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.

b) materialización del delito de desaparición forzada

La desaparición forzada supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención, pues es a él a quien le corresponde ejercer conductas positivas y negativas dirigidas a respetar y garantizar la libertad y la vida de los ciudadanos, y otros derechos del mismo linaje. Adicionalmente, para la materialización del delito de la desaparición forzada no se requiere determinar, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios de los

derechos humanos, éstos dentro de nuestro ordenamiento contienen protección constitucional reforzada mediante el ejercicio de las acciones constitucionales. Es suficiente acreditar que ha habido apoyo o tolerancia por parte del poder público, en este caso de las fuerzas armadas en la infracción de los derechos fundamentales y humanos reconocidos por los organismos internacionales como son la libertad y la vida. El derecho a la vida, porque constituye el núcleo esencial para la realización de los demás derechos, y el derecho fundamental a la libertad, porque permite la materialización del primero en condiciones dignas, el ejercicio de las demás libertades individuales y el libre desarrollo de la personalidad. Ambos constituyen derechos y valores de primer orden consignados y reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional y en los tratados de derechos humanos que conforman en esa materia criterios de constitucionalidad de las leyes que forman parte del bloque de constitucionalidad, necesarios para la resolución de los casos concretos. Además, es claro que los pactos internacionales obligan al Estado no solo a respetar sino también a garantizar los derechos humanos, lo cual implica asumir conductas negativas y positivas tendientes por un lado a no ejercer actos violatorios de tales derechos y a asumir conductas dirigidas a impedir que distintas fuerzas no estatales los violen.

c) inactividad probatoria en desaparición forzada indicio contra la administración

En los casos de desaparición forzada, las circunstancias de tiempo, modo y lugar se desarrollan de manera sigilosa, mediante el ocultamiento de cualquier evidencia que impida imputaciones directas sobre los autores de tal conducta. Dada la naturaleza de este tipo de actos y el modo en que se desarrollan los hechos, en los cuales se encubren, disfrazan y camuflan cualquiera de los elementos probatorios que pudieran comprometerlos, la prueba indiciaria será la idónea para determinar la responsabilidad, la cual apreciada en su conjunto conduce a arribar a una única conclusión cierta para establecer el juicio de responsabilidad ante la falta de una prueba directa, pues, el indicio constituye uno de los medios de prueba permitido en nuestro estatuto procesal, a cuyos términos el hecho indicador deberá estar plenamente probado en el proceso por cualquiera de los medios probatorios, para así inferir la existencia de otro hecho no conocido. En este escenario, la existencia de una serie de hechos acreditados por cualquiera de los medios probatorios previstos por la ley, estrechamente vinculados con el ilícito, conducen a la imputación de la responsabilidad. Aunque el Estado está en la obligación permanente de realizar todas las acciones necesarias tendientes a establecer el paradero de las víctimas, conocer sobre las razones de sus desapariciones y de informar sobre ello a sus familiares (artículo 11 de la Ley 589 de 2000), bajo el entendido de que la obligación de investigar debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio, sin embargo, suele suceder que en estos casos, la inactividad probatoria por parte de la administración lleva a la ocultación de la verdad, porque la práctica de las desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, seguida del ocultamiento de los cadáveres con lo cual queda borrada toda huella material del crimen privilegiando la impunidad absoluta del ilícito, y por esa razón dicha inactividad constituye también un indicio en contra de la administración.

[Sentencia de 11 de febrero de 2009. Exp. 54001-23-31-000-1995-08777-01 \(16337\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR](#)

8. a) Prueba indiciaria en responsabilidad médica

Reiteradamente la jurisprudencia contenciosa, ha sostenido que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran; el daño, el nexo causal y el hecho dañoso o la falla del servicio imputable a la entidad demandada, cuya prueba está radicada en cabeza de la parte actora, a quien, en rigor legal, le corresponde probar los hechos alegados. La prueba de tales supuestos, por su misma naturaleza, permite lograr el propósito buscado, acudiendo a la aportación de la prueba indiciaria que apreciada en su conjunto conduzca a arribar a una única conclusión cierta para establecer el juicio de responsabilidad. En este caso existen suficientes elementos de juicio para declarar la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, bajo el título de imputación de falla probada del servicio, pues, los medios probatorios, traídos en las diferentes etapas procesales, resultaron consistentes y eficaces para acreditar la responsabilidad del ente público demandado.

b) Responsabilidad de la entidad hospitalaria y del paciente en la causa eficiente del daño La causa eficiente del daño, constituida como el fundamento u origen de algo; bajo el entendido de que un hecho es productor y otro el producido, uno el engendrante y otro el engendrado, próximo o remoto, pero, basta que ocurra, que exista, que se dé, como ocurrió en este caso, en el cual tanto la conducta de uno y otro actor, de la víctima y de la administración, contribuyeron decididamente en la producción del daño final, constituido por el fallecimiento de la señora CAICEDO, pero con la precisión de que si bien ambas conductas resultaron eficientes para que se produjera el deceso final, la Sala, observa que la actuación de la entidad resulta mayormente reprochable, y su conducta mucho más censurable que la de la misma paciente, no solo por su específica particularidad, sino porque, la demandada no asumió con seriedad la patología con la cual ingresó la paciente al servicio, la dió de alta en condiciones de salud que no ameritaban su salida, y además, la interrupción del antibiótico en la fase más delicada del tratamiento muestra ligereza en el procedimiento terapéutico. En rigor, la entidad no logró exculparse de los cargos imputados, las pruebas demuestran lo contrario, y por esa razón la Sala, encuentra un grado de responsabilidad mayor, bajo el entendido de que las entidades hospitalarias cumplen una labor social, su actuación compromete el interés general, prestan un servicio público, sujeto a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, están obligadas a la protección de un derecho fundamental y humano, comprendido por el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, el cual merece especial protección y garantía por parte de las autoridades prestadoras del servicio. Los razonamientos expuestos son suficientes para imponer una condena mayor en contra de la entidad demandada, sin desconocer si quiera, que la víctima contribuyó en menor medida con la causación del daño.

Sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp. 19001-23-31-000-1993-04002-01 (16270). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

9. a) Competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso de anulación.

El laudo arbitral analizado dirimió las controversias surgidas entre las sociedades CENTRO DE DIAGNÓSTICO MILENIO No. 3 LTDA. -convocante-, y la CENTRAL DE TRANSPORTE DE SANTA MARTA LTDA. EN RESTRUCTURACIÓN -convocada-, con ocasión del contrato de colaboración suscrito el 10 de septiembre de 2001, cuyo objeto es la prestación de los servicios relacionados con la práctica de pruebas de alcoholimetría a los conductores, en la Central de Transporte de Santa Marta. Considera la Sala que es competente para conocer, privativamente, de los recursos de anulación interpuestos en contra de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, tal como lo dispone el artículo 128.5 del Código Contencioso Administrativo, además -y en igual sentido-, porque el artículo 22 de la Ley 1.150 de 2007 -modificatorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993-, dispuso que estos recursos se surtirán ante esta Sección. Bajo este entendimiento, cabe precisar que el contrato de colaboración celebrado entre las sociedades convocada y convocante, es un contrato de naturaleza estatal, en razón a que la Central de Transporte de Santa Marta Ltda., en Reestructuración, es una sociedad de economía mixta -entidad pública-, con participación pública mayoritaria, y, por tanto, hace parte de la estructura de la Rama Ejecutiva del Poder Público, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998. Ahora, pese a que el tema de la competencia para conocer de este recurso ha sido relativamente claro en los últimos tiempos, en esta ocasión la Sala debe precisar algunos argumentos expuesto con anterioridad, en atención a dos factores: i) de un lado, que este contrato se celebró antes de la entrada en vigencia de la ley 1.150 de 2007, y ii) de otro lado, que el tribunal de arbitramento también se convocó con anterioridad, pero dictó su decisión en vigencia la ley citada, lo cual amerita hacer hincapié en algunos aspectos de competencia. Sobre la naturaleza pública o estatal de entidades como la convocada, la Corte Constitucional señaló, en la sentencia C-953 de 1999, que las sociedades de economía mixta eran aquellas en las cuales existía participación accionaria estatal y privada, sin importar la combinación porcentual del capital. Es decir, que una sociedad de economía mixta es tal sin importar el porcentaje, mayoritario o minoritario, que tenga el Estado en ella. Además, en ambos casos -es decir, tanto cuando el Estado tiene la mayoría como cuando tiene minoría accionaria-, la entidad es estatal. No obstante lo anterior, es claro que una cosa es que una entidad sea estatal y otra que se rija por la ley 80, en materia contractual. De hecho, hoy existen bastantes ejemplos que confirman esta idea: así, por ejemplo, conforme al artículo 2 de la Ley 80 de 1993 -norma vigente al momento de la celebración del contrato objeto del proceso arbitral-, las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%, se rigen por lo dispuesto en dicha normatividad, lo cual, concordado

con el artículo 32 de la misma Ley permite concluir que el contrato aludido es de naturaleza estatal. Esto ratifica la competencia de la Sala para conocer del presente asunto. Téngase en cuenta, no obstante, que la ley 1.150 modificó parcialmente el régimen contractual aplicable a las sociedades de economía mixta, entre otras entidades -como por ejemplo las empresas industriales y comerciales del Estado-artículo 14- En este evento, si bien cambia el régimen jurídico contractual de los negocios, no muda la naturaleza de la entidad, pues sigue siendo estatal, en los términos de la sentencia de constitucionalidad citada, de manera que aún en este evento el juez de sus conflictos sigue siendo la jurisdicción de lo contencioso administrativo, salvo por lo que se mencionará a continuación. La conclusión que se viene esbozando -sobre la competencia de esta Sala para conocer del recurso de anulación-, se corrobora con la ley 1.107 de 2006, en virtud de la cual esta jurisdicción conoce de las controversias donde sea parte una entidad estatal, incluidas las sociedades de economía mixta con participación estatal superior al 50%, como acontece en el caso concreto, de modo que resulta claro que por el sólo hecho de que la Central de Transportes de Santa Marta sea parte del proceso, la competencia queda asignada a esta jurisdicción. Por oposición a lo anterior, si una sociedad de economía mixta tiene un capital estatal igual o inferior al 50% su juez, incluido el del recurso de anulación, es el ordinario. Resumiendo el asunto, actualmente las sociedades de economía mixta tienen las siguientes posibilidades, desde el punto de vista de la jurisdicción aplicable a los procesos contractuales y a los recursos de anulación: En primer lugar, una sociedad de economía mixta con capital estatal igual o inferior al 50% se rige por el derecho privado en materia contractual -art. 2 ley 80 de 1993-, y su juez es el ordinario -art. 82 CCA, reformado por la ley 1.107 de 2006-. En segundo lugar, una sociedad de economía mixta con capital estatal superior al 50% se rige por el derecho privado, en materia contractual, siempre que esté en competencia en el mercado, o se desenvuelva en un mercado monopolístico, o en un mercado regulado -art. 14 ley 1.150 de 2007-, y su juez es el de lo contencioso administrativo -art. 82 CCA, reformado por la ley 1.107 de 2006-. En el caso concreto habría que agregar que el contrato se celebró en el año 2001, es decir, en vigencia de la ley 80 de 1993, siendo la entidad convocada una sociedad de economía mixta con participación estatal superior al 50%, de manera que desde esa época, por aplicación del art. 72 de la ley 80, del art. 128.5 CCA. y, además, hoy en día, por aplicación de la ley 1.107 de 2006, más el artículo 22 de la ley 1.150, corresponde a esta jurisdicción conocer del presente recurso de anulación.

b). Consecuencias de la unificación de las Causales de anulación de laudo arbitral

Advierte la Sala que la entrada en vigencia de la Ley 1.150 de 2007 -enero 16 de 2008-, trajo consigo diversos e importantes cambios relacionados con la actividad contractual de las entidades públicas. Así, por ejemplo, en el artículo 22 -antes citado, modificadorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993- el legislador unificó las causales de anulación de los laudos arbitrales que diriman controversias surgidas en los contratos estatales. En este sentido, y en adelante, las causales de anulación para estos efectos serán las dispuestas, única y exclusivamente, en el artículo 163 del decreto 1818 de 1998 -que reprodujo las contenidas en el artículo 38 del decreto 2279 de 1989-. Esta unificación facilita, en gran medida, la interposición y el análisis del recurso de anulación, ya que no existirá la dualidad de regímenes, causante de múltiples variaciones jurisprudenciales. Este sólo hecho tiene consecuencias importantes, como, por ejemplo, que la causal primera del decreto 1818 de 1998 -“nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita...”- que no estaba contemplada en las casuales del artículo 72 de la Ley 80 y que fue manejada por la Sala dentro de la causal 4 de dicha norma, es decir, “Haberse recaído el laudo sobre asuntos no sujetos a la decisión de los árbitros. Con el artículo 22 de la ley 1150 de 2007 ya no será necesaria ni posible esta labor de asimilación, pues el artículo 163 del decreto 1818 rige en los contratos estatales con todas sus casuales, de manera que la causal primera adquiere autonomía y no tendrá que valerse de otra causal para producir efectos. De otro lado, y de acuerdo con lo anterior, los recursos de anulación interpuestos con posterioridad al 16 de enero de 2008 -fecha de entrada en vigencia de la ley 1.150 de 2007-, se deben fundar en las casuales contempladas en el artículo 163 del decreto 1818 de 1998, el cual pasa a ser el único régimen del recurso de anulación, bien tratándose de contratos regidos por el derecho privado o por el estatuto de contratación estatal. Esta idea, sin embargo, requiere de un par de precisiones adicionales, tratándose de contratos regidos por la ley 80 de 1993. En *primer lugar*, si el contrato se celebró en vigencia de la ley 80, y se convocó un tribunal de arbitramento para resolver sus conflictos, el cual dictó el laudo antes del 16 de enero de 2008, entonces las casuales de nulidad que se podían proponer eran las del art. 72 de dicho estatuto, por tratarse de un régimen de casuales especiales para contratos regidos por dicha normatividad. En otras palabras, la Sala entiende que en general aplica la norma vigente al momento de la interposición

del recurso. En *segundo lugar*, si el contrato estatal se celebró en vigencia de la ley 1.150, y se convoca un tribunal de arbitramento para resolver sus conflictos, el cual obviamente dicta su laudo después del 16 de enero de 2008, entonces las casuales de nulidad que se pueden proponer son las del art. 163 del decreto 1818 de 1998, en virtud de la unificación de causales que el art. 22 de dicha ley ordenó. De esta manera, desaparece el régimen dual de causales que la jurisprudencia de esta Sección había previsto para los laudos arbitrales, según que el régimen jurídico del contrato hubiera sido el derecho privado o el público. De modo que desaparecen las casuales especialmente reguladas en el artículo 72 de la ley 80, y ya no será necesario distinguir, para estos efectos, los contratos estatales que se rigen por la ley 80 y los que se rigen por el derecho privado. En *tercer lugar*, si el contrato se celebró en vigencia de la ley 80, y se convocó un tribunal de arbitramento para resolver sus conflictos, el cual dictó el laudo después del 16 de enero de 2008, entonces las casuales de nulidad son las del art. 163 del decreto 1818 de 1998, pues si bien el contrato es de ley 80, las causales de anulación son normas de carácter procesal, de manera que las que se pueden proponer son las vigentes al momento de la interposición del recurso, sin importar que el contrato se haya suscrito en vigencia del artículo 72 original. Esta idea se apoya en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. De acuerdo con esta norma, disposiciones como las que contemplan las casuales de anulación de un laudo, no son otra cosa que la regulación de la manera de reclamar ante el juez el derecho de una de las partes del contrato a que la decisión que se adopte sea la que este considera correcta; de modo que se trata de un tipo de norma que no se entiende incorporada al contrato desde su celebración, sino que depende de la disposición que rige y las regula al momento de presentarse la demanda correspondiente. Según lo dicho, no cabe duda que las casuales de anulación son normas de naturaleza procesal, porque este tipo de disposiciones corresponden a aquellas que regulan el trámite de los procesos, así como también definen la manera de acceder a los mismos. Por el contrario, una norma tiene naturaleza sustantiva cuando crea, modifica o extingue derechos y relaciones jurídicas, características que no comparten las casuales de anulación de los laudos arbitrales.

Por último, en relación con la causal invocada por el recurrente al momento de sustentar el recurso de anulación -fls. 714 a 717 Cdo. Ppal.-, consistente en la “incompetencia de los árbitros” para fallar en el caso concreto de acuerdo con el numeral 2 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se advierte que se analizará la casual, pues la Sala considera que esta etapa constituye una oportunidad válida para proponer las casuales de anulación. Esta postura se fundamenta en las siguientes razones: De un lado, en que el artículo 22 de la ley 1.150 de 2007 decreto 1818 de 1998 contempla la posibilidad de que los laudos se impugnen a través del recurso de anulación, señalando, simplemente, que: “... Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente” -negrilla fuera de texto-. Una norma similar contiene el artículo 160 del decreto 1818 de 1998, el cual tampoco exige sustentar para ese momento el recurso, ni señalar las casuales que se alegarán. Esta norma lo único que exige es interponer el recurso dentro del término previsto, sin más condiciones y requisitos, es decir, sin exigir un contenido mínimo. En esto se parecería en algo a la interposición del recurso de apelación de una sentencia ordinaria -conservadas las grandes diferencias que tienen-, para el cual basta con interponerlo. De otro lado, cuando se da el traslado para sustentar -lo cual hace la Sección Tercera del Consejo de Estado, con fundamento en el art. 164, inciso 2 del decreto 1818 de 1998-, las partes pueden señalar las casuales que alegarán indicando los fundamentos que sirven de apoyo a cada una de ellas, pues esta norma perfectamente admite que en dicho momento se haga. En efecto, ella establece que ese es el instante para sustentar el recurso, dentro de cuyo criterio debe entenderse incluida la identificación de las casuales, haciendo parte de la sustentación del mismo.

[Sentencia de 28 de enero de 2009. Exp. 11001-03-26-000-2008-00029-00 \(35.262\). M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO](#)

10. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO

Tratándose del régimen de responsabilidad por los daños causados a personas privadas de la libertad en establecimientos carcelarios, la jurisprudencia inicialmente privilegió el régimen de responsabilidad

objetivo bajo la premisa central de que las entidades penitenciarias y carcelarias asumían frente al recluso una obligación de resultado, en el entendido que implicaba devolverlo a la sociedad en las mismas condiciones en que se encontraba al momento de ser privado de la libertad. Sin embargo, la jurisprudencia actual, ha favorecido y potenciado el régimen de responsabilidad subjetivo bajo el título de imputación de falla del servicio, pues, en rigor se evidencia el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o tardío del servicio carcelario. En estos casos, el Estado asume obligaciones de custodia y vigilancia frente a las personas privadas de la libertad, y por esa vía garantiza la seguridad de los internos. El perfil actual de la jurisprudencia requiere analizar las obligaciones y cargas de las autoridades carcelarias, para determinar si desde el punto de vista jurídico incumplieron las obligaciones de custodia y vigilancia, y por ese camino si faltaron a los deberes de cuidado y protección de los reclusos, pues, en los casos en que aparezca involucrada la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio carcelario, ella se edifica bajo el régimen de responsabilidad subjetiva por falla del servicio. La orientación actual implica que las obligaciones de seguridad comprenden las de velar por la integridad personal de los reclusos, para determinar si desde el punto de vista jurídico la autoridad carcelaria incumplió por acción u omisión los deberes de cuidado y protección y de control del centro carcelario. Constituye una carga para la institución carcelaria a través del personal de guardianes ejercer un control permanente sobre los reclusos, garantizar su seguridad e integridad personal, y adicionalmente impedir cualquier conducta que implique un intento de fuga, pues, el cumplimiento de la pena tiene una doble connotación, por un lado obedece al poder punitivo del Estado que sanciona la comisión de un delito y por el otro, se pretende la resocialización del sujeto activo del delito, para evitar que continúe delinquiriendo. En suma en desarrollo de las normas penitenciarias y de una cabal observación de las cargas impuestas a unos y otros, corresponderá al juzgador evaluar en cada caso, si el servicio carcelario funcionó o no adecuadamente y por tanto, declarar o no la responsabilidad estatal como quiera que el defectuoso funcionamiento del servicio carcelario podría comprometer la responsabilidad de la administración por falla del servicio.

[Sentencia de 11 de febrero de 2009. Exp. 44001-23-31-000-1996-1216-01 \(16750\). M.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR](#)

SECCIÓN CUARTA

1. LOS SERVICIOS DE SALUD PRESTADOS POR ENTIDADES PRIVADAS QUE HACEN PARTE DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD NO ESTÁN SUJETOS AL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y AVISOS

Situación fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales el Distrito Capital determinó el impuesto de avisos y tableros correspondientes a los años gravables 2000 y 2001.

Tesis: La prestación de servicios de salud por parte de entidades privadas, tales como las asociaciones y corporaciones sin ánimo de lucro, hacen parte del Sistema Nacional de Salud, como reiteradamente lo ha considerado la Sala en diversos pronunciamientos y en consecuencia, al Distrito le está prohibido gravar con este tributo sus actividades de servicios, con excepción de las industriales y comerciales que realicen, conforme al artículo 11 de la Ley 50 de 1984, pues, la intención del legislador al expedir el artículo 39 de la Ley 14 de 1983 “fue no someter al cumplimiento de ninguna de las obligaciones sustanciales ni formales relacionadas con el impuesto de industria y comercio, cuando las entidades de salud estuvieran organizadas como clínica u hospitales y se ocupan de un servicio público de salud”. Ahora bien, como ha precisado la Sala en ocasiones anteriores, si bien los recursos que perciban las clínicas y hospitales no son susceptibles de ser gravados en virtud de lo dispuesto en el literal d) numeral 2 del artículo 39 de la Ley 14 de 1983, por disposición del artículo 11 de la Ley 50 de 1984, no corren la misma suerte, es decir, están sujetos al gravamen los ingresos provenientes de actividades industriales y comerciales que reciban las entidades hospitalarias.

[Sentencia de 26 de enero de 2009. Exp.25000-23-27-000-2006-1333-01 \(16934\). M.P. LIGIA LÓPEZ DÍAZ](#)

2. EN LA CORRECCION DE LA DECLARACION TRIBUTARIA NO SE PUEDEN EXCLUIR LOS REAJUSTES Y LOS AJUSTES INTEGRALES POR INFLACION

Situación Fáctica: La actora demandó los actos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración de renta de 2001 para proponer un mayor valor en relación con los activos fijos.

Tesis: Los reajustes como los ajustes integrales por inflación forman parte del costo fiscal de los bienes e inciden como rubro patrimonial en la liquidación privada, de ahí que no sea posible que el contribuyente utilice la facultad de corrección voluntaria [art. 588 del E.T.], para modificar guarismos patrimoniales respecto de los cuales se presume su veracidad y ha operado su firmeza [art. 746 y 714 ib.]. La Sala observa que en las correcciones de la declaración, la finalidad era excluir el valor de los activos fijos los “reajustes y ajustes fiscales” en la cuantía mencionada, de manera que no se trata de reajustes fiscales eliminados en la primera corrección y adicionado con ocasión de la segunda modificación, sino de su adecuación a los valores catastrales, para mostrar el valor real de su patrimonio.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 11001-03-27-000-2004-0017-00 \(16013\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

3. LOS BIENES DE CAPITAL Y REPUESTOS IMPORTADOS POR PLAN VALLEJO QUE SE DEJEN EN EL PAIS ESTAN SOMETIDOS AL IVA

Situación fáctica: El actor demandó la nulidad de la expresión “la liquidación y pago del impuesto sobre las ventas” contenida en el artículo 2 del Decreto 4553 de 2005, expedido por el Gobierno Nacional.

Tesis: El Decreto 4553 de 2005 tiene como finalidad primordial otorgar un procedimiento ágil para terminar la modalidad de importación temporal de los importadores de bienes de capital y de repuestos que acreditaron el cumplimiento de los compromisos de exportación a 28 de febrero de 2006, debían someterse a la modalidad de importación ordinario respecto de estos bienes. De incumplirse la reexportación de los bienes de capital y repuestos importados y previa certificación de cumplimiento de los compromisos de exportación de los bienes producidos, para optar por la importación ordinaria se deben cumplir los requisitos establecidos para la misma que incluyen el pago de impuesto a las ventas. La finalidad del sistema de importación-exportación, (Plan Vallejo) estableció medidas tendientes a estimular las exportaciones, por lo que exoneró a los exportadores del pago de gravámenes e impuestos sobre las materias primas, insumos, bienes de capital y repuestos importados utilizados en la fabricación de productos destinados a la exportación o a servicios directamente relacionados con la actividad exportadora. En esta medida los beneficiarios del Plan Vallejo debían exportar total o parcialmente la producción obtenida a partir de los bienes y materias primas importadas. En efecto, si las materias primas una vez transformadas no se exportan, termina la importación temporal y en consecuencia, éstas deben ser legalizadas mediante la modificación de la declaración inicial para ser declaradas en importación ordinaria y en consecuencia se hacen exigibles los derechos aduaneros y el pago del impuesto sobre las ventas como lo establece la norma acusada. Concluye la Sala que no existe contradicción entre la disposición aduanera acusada, que prevé el pago del impuesto a las ventas cuando los importadores de bienes de capital y de los repuestos en desarrollo del sistema de importación-exportación de materias primas que acrediten el cumplimiento de los compromisos de exportación y deseen dejarlos definitivamente en el país, y la norma tributaria definida como infringida que consagra la no causación del impuesto a las ventas, pero siempre que se cumpla con la obligación de exportar los bienes producidos con las materias primas importadas.

[Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 11001-03-27-000-2006-00004-00 \(15878\) M.P.: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ \(E\)](#)

4. LOS ACTOS GRAVADOS DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO NO CONVIERTEN A LA FIDUCIARIA EN SUJETO PASIVO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Situación fáctica: El actor solicitó la nulidad de los apartes del artículo 6 del Acuerdo 105 de 2003 expedido por el Concejo de Bogotá y la totalidad del Concepto 1043 de 26 de julio de 2004 proferido por la Subdirección Jurídico Tributaria de la Secretaría de Hacienda de Bogotá.

Tesis: A juicio de la Sala, no se discute que la sociedad fiduciaria responda por los hechos que ella realice en su propio nombre y que puedan dar lugar a la responsabilidad del gravamen como persona jurídica que es y porque realice alguna actividad propia, gravada con industria y comercio. Sin embargo, no se puede confundir la sociedad fiduciaria con el fideicomiso mismo, pues si los hechos, que en cabeza de otros sujetos estarían gravados con el impuesto de industria y comercio, los realiza directamente el fideicomiso como encargo del patrimonio autónomo, no existe base legal para trasladar esa responsabilidad a la fiduciaria, por el simple hecho de ser su administradora y vocera, pues se trata de dos entes o sujetos diferentes, con patrimonio y objetos también diferentes, uno de los cuales no es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio. Por esta razón, el artículo 11-1 del Decreto 807 de 1993, sobre cumplimiento de las obligaciones de los patrimonios autónomos y las sanciones por su incumplimiento, no es el fundamento jurídico para exigir a la fiduciaria la presentación de la declaración del impuesto de industria y comercio por los bienes o actividades realizados a través de patrimonios autónomos, pues la norma consagra la obligación de manera general, sin atender a ningún tributo, por tanto, la Administración no puede darle el alcance expuesto en el Concepto demandado, pues su texto debe interpretarse en el sentido de que surjan para el patrimonio autónomo las obligaciones legales tributarias, que como se vio, no lo es para el impuesto de industria y comercio. Por tal razón, tampoco puede ser objeto de sanciones como lo señalan los actos demandados.

[Sentencia de 5 de febrero de 2009. Exp. 25000-23-27-2005-00434-01 \(16261\). M.P.: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

5. LOS CONCEJOS CARECEN DE FACULTAD IMPOSITIVA PARA CREAR EL IMPUESTO DE PESAS Y MEDIDAS

Situación fáctica: La actora demandó la nulidad de los artículos 87,88, 89,90,91,92,93 y 94 del Acuerdo 023 de 27 de septiembre de 2002, y el Acuerdo 005 de 27 de mayo de 2003, expedidos por el Concejo de Floridablanca.

Tesis: Todo lo anterior lleva a reiterar que el impuesto de pesas y medidas, creado y adicionado por los actos administrativos acusados, no tiene fuente legal alguna y en consecuencia el Concejo Municipal de Floridablanca se excedió en el ejercicio de su facultad impositiva, abrogando funciones exclusivas del Congreso de la República. El denominado impuesto de Almotacen que rigió en el pasado en Bogotá, tampoco puede sustentarse en dichas disposiciones, pues se insiste que la Ley 33 de 1905 no creó dicho impuesto ni facultó a los entes territoriales para hacerlo. De otra parte, teniendo en cuenta que en todas las etapas procesales correspondientes el apoderado judicial del demandado, siempre ha presentado el impuesto de pesas y medidas como complementario del impuesto de industria y comercio, considera la Sala que el Concejo de Floridablanca con la expedición de los acuerdos acusados, también esta modificando el impuesto de industria y comercio, como quiera que al tenor del artículo 90 del Acuerdo 023 de 2003, estipula: “El impuesto de pesas y medidas se liquidará sobre el valor del impuesto anual de industria y comercio y sobre el mismo se colocará una tarifa equivalente al ocho por ciento (8%) del valor del impuesto de industria y comercio”.. El ente local está desbordando su facultad. De otra parte, dice el recurrente que la Ley 142 de 1994 permite a los Municipios gravar las empresas de servicios públicos domiciliarios, en aplicación del principio de universalidad en materia tributaria. Al respecto, debe señalarse que ante la ausencia de sustento legal no es procedente gravar con el impuesto de pesas y medidas a dichas empresas. En este orden de ideas, considera la Sala que el Municipio desbordó su competencia al crear un gravamen, sin soporte de orden legal, desconociendo el principio de legalidad tributaria, razón por la cual procede la nulidad de las disposiciones demandadas.

[Sentencia de 5 de febrero de 2009. Exp. 68001-23-15-000-2004-01977-01 \(16909\). M.P. LIGIA LÓPEZ DÍAZ](#)

6. LOS INTERESES MORATORIOS O CORRIENTES, MULTAS O PERJUICIOS QUE SE HAYAN CAUSADO CON ANTERIORIDAD A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA FORMAN PARTE DE LA CUANTÍA EN MATERIA TRIBUTARIA

Situación fáctica: La actora interpuso recurso ordinario de súplica contra el auto que rechazó por impropedente la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Tesis: No es sólo con el valor de la suma discutida por concepto de mayor impuesto, tasa, contribución o sanción, que se establece la competencia por razón de la cuantía en los procesos de naturaleza tributaria, sino que está determinada además, cuando así lo señale el actor, por el valor de los frutos, intereses, sean estos moratorios o corrientes, multas o perjuicios que se hayan causado con anterioridad a la presentación de la demanda. Por lo demás, respecto a la posición adoptada por la Sección, según la cual los intereses sólo constituyen valor para determinar la cuantía en un proceso tributario, cuando así el acto demandado en la parte resolutive los haya establecido expresamente, cabe hacer las siguientes precisiones: 1. Que tal posición opera para aquellos eventos en que el actor no haya tenido en cuenta los intereses al momento de fijar la cuantía del proceso cuando éstos fueron liquidados expresamente en el acto acusado, es decir, cuando el actor sólo fijó la cuantía del proceso tomando como referencia el valor de la suma discutida por concepto de mayor impuesto, tasa, contribución o sanción, existiendo en ese mismo acto demandado la liquidación expresa de los intereses, pues, en tal caso la liquidación de intereses deberá sumarse con los conceptos anteriores para fijar la cuantía del proceso. Lo anterior, sin perjuicio de un mayor valor que resultare de la aplicación de otros conceptos, conforme al artículo 20 del C. P. C. 2. Que no es necesario que la liquidación oficial de revisión y la resolución que la confirma, efectúen de manera expresa en su parte resolutive la liquidación de los intereses, pues, basta que se ordene su reconocimiento y pago para que éstos integren la cuantía del proceso.

[Auto de 5 de febrero de 2009. Exp. 25000-23-27-000-2005-01101-01 \(17078\). M.P.: HECTOR J. ROMERO DIAZ \(E\)](#)

SECCIÓN QUINTA

1. COORDINADOR DE LA UNIDAD COORDINADORA DE ATENCION CIUDADANA DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA DEBE ACREDITAR 2 AÑOS DE EXPERIENCIA LEGISLATIVA

La Sección Quinta declaró la nulidad del nombramiento en encargo del señor Gabriel Arturo Parra Cifuentes como Coordinador de la Unidad Coordinadora de Atención Ciudadana del Congreso de la República, que hizo el Director General Administrativo de ésta Corporación. Inicialmente la Sala desestimó el argumento de la demandante según el cual ella tenía mejor derecho para ocupar ése cargo y para el efecto advirtió que en el proceso electoral no hay cabida para reclamaciones subjetivas y que las pretensiones de esa naturaleza correspondían, más bien, a un proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, encontró que el demandado no acreditó el requisito de experiencia profesional relacionada con actividades legislativas que exige la Ley 1147 de 2007, partiendo de que ésta clase de actividades se cumplen al servicio de la Organización Legislativa de que trata el artículo 367 de la Ley 5ª de 1992, bien en las dependencias de la Mesa Directiva del Congreso de la República o de la Secretaría General del Senado. Los consejeros Filemón Jiménez Ochoa y Mauricio Torres Cuervo aclararon sus votos.

[Sentencia de 13 de febrero de 2009. Exp. 11001-03-28-000-2008-00021-00. M.P.: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON.](#)

2. NULIDAD DE LA ELECCION DE LA ALCALDESA DE JAMUNDI POR HABER SIDO ALCALDESA ENCARGADA ANTES DE LA ELECCION POPULAR

Según los demandantes, la señora Marleny Muñoz Sánchez estaba inhabilitada para ser elegida alcaldesa del municipio de Jamundí porque ostentó en encargo la misma dignidad y se inscribió como candidata dentro de los 24 meses siguientes, desconociendo la prohibición que consagra en ese sentido el numeral 7º del artículo 96 de la Ley 136 de 1994, modificado por los artículos 38 y 39 de la Ley 617 de 2000. La Sala le halló la razón al demandante teniendo en cuenta, en primer lugar, que la Corte Constitucional en sentencia C-194 de 1995, interpretó esa prohibición como una causal de inhabilidad para ser elegido. Hecha tal precisión, advirtió que esa inhabilidad es aplicable a todas las personas que, sin importar la causa o el origen de su nombramiento, ejerzan el cargo de alcalde y se inscriban como candidatos dentro del término señalado por la ley. Y por último, relacionó las pruebas que demostraban que la demandada se inscribió como candidata a la Alcaldía de Jamundí, a pesar de no haberse cumplido el plazo inhabilitante con posterioridad a su encargo como alcaldesa del mismo municipio.

Sentencia de 29 de enero de 2009. Exp. 76001-23-31-000-2007-01606-01 M.P: MAURICIO TORRES CUERVO.

3. INAPLICACION POR INCONSTITUCIONAL DEL ARTICULO 28 DE LA LEY 136 DE 1994 SOBRE PARTICIPACION DE GRUPOS MINORITARIOS EN MESAS DIRECTIVAS DE CONCEJOS

Al conocer en segunda instancia el proceso electoral promovido contra el acto de elección del primer vicepresidente de la Mesa Directiva del Concejo de Bello, Antioquia, la Sección Quinta coincidió con el Tribunal de primera instancia en que el artículo 28 de la Ley 136 de 1994, que se ocupa de la conformación de las mesas directivas de los concejos municipales y distritales, se opone al artículo 112 de la Constitución Política, pues ésta norma constitucional exige que la participación de las minorías en las mesas directivas de las corporaciones de elección popular se regule mediante ley estatutaria y aquella ley es ordinaria; por tal razón, aplicó la excepción de inconstitucionalidad. El análisis del caso concreto quedó, entonces, circunscrito al referido precepto constitucional, del que la Sala destacó los presupuestos que debían acreditarse para la prosperidad del cargo de nulidad, a saber: i) los partidos y movimientos políticos que conforman la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Bello; ii) los partidos y movimientos políticos que conforman las mayorías en el Concejo Municipal de Bello; iii) los movimientos y partidos políticos que conforman la minoría en el Concejo; iv) cómo están conformadas las minorías afectas al Gobierno en el Concejo Municipal; v) entre los partidos y movimientos minoritarios cuáles están en oposición al Gobierno Municipal y; vi) de acuerdo con su representación en el Concejo cómo deben estar representadas las minorías en la Mesa Directiva. Pero como las pruebas aportadas al expediente no demostraban qué partidos y movimientos políticos, organización social o grupo significativo de ciudadanos de cuyas listas fueron elegidos los concejales municipales de Bello participaron en la elección de la Mesa Directiva ni la representación de las organizaciones políticas en el Concejo ni su apoyo u oposición al Gobierno Municipal, se confirmó la decisión apelada, que negó las pretensiones de la demanda. Los consejeros Filemón Jiménez Ochoa y Susana Buitrago Valencia aclararon el voto.

Sentencia de 19 de febrero de 2009. 05001-23-31-000-2008-00266-02 M.P: MAURICIO TORRES CUERVO.

4. LA ACTUACIÓN DEL MANDATARIO EN LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO ESTATAL CUANDO NO INFORMA SOBRE LA REVOCATORIA DEL MANDATO, INHABILITA AL MANDANTE PARA SER ELEGIDO VÁLIDAMENTE Y LO COMPROMETE FRENTE A TERCEROS.

La nulidad del acto de elección del alcalde de Magangué se sustenta en que el demandado violó el num. 3º del art. 37 de la Ley 617 de 2000, al haber intervenido, dentro del período inhabilitante que establece la ley, en la celebración de un contrato de arrendamiento de un inmueble de su propiedad con el Consejo Superior de la Judicatura.

La prosperidad de la causal de inhabilidad referida se acredita con a) la elección del alcalde demandado; b) la existencia de un contrato en cuya celebración éste haya intervenido, en interés propio o en interés de terceros; c) que el contrato se haya celebrado con una entidad pública; d) que ello hubiere ocurrido

dentro del año anterior a la elección, y e) que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el municipio en que fue elegido el alcalde. Dentro de las finalidades de la causal está el impedir que quien tiene acceso a los beneficios de la contratación estatal pueda utilizarlos rompiendo el equilibrio frente a quienes compiten por el acceso a los cargos públicos.

Las pruebas llevan a la Sala al convencimiento de que el señor Anuar Arana Gechem efectivamente intervino, dentro del período inhabilitante, en la celebración del contrato estatal de arrendamiento, en su calidad de copropietario y mediante apoderado especial, que se suscribió con la Administración Judicial de Cartagena a través de su Director Seccional el 3 de julio de 2007, fecha comprendida dentro del período inhabilitante, a las voces de la norma en cita.

La existencia de revocatoria del poder para celebrar el contrato de arrendamiento, si bien es anterior a la fecha de celebración del contrato de arrendamiento que se llevó a cabo el 3 de julio de 2007, es lo cierto que no enerva la materialización de la causal de inhabilitación por intervención en la celebración de contratos en que quedó incurso el demandado, porque el contrato de arrendamiento fue suscrito por su apoderado negociador quien fungió como su representante, sin advertir sobre la revocatoria de dicho mandato.

Sólo el 1° de noviembre de 2007, cuatro meses después de la celebración del contrato y con posterioridad a la realización de las elecciones en las que el demandado resultó electo Alcalde Municipal de Magangué su hermano, acudió a la Administración Judicial a solicitar que fuera aclarado el contrato, en el sentido de señalar que el señor Anuar Arana no tuvo el carácter de parte contractual como arrendador porque éste había revocado el poder.

A las voces del artículo 2199 del Código Civil al haber concurrido el señor Salim Arana a celebrar el contrato estatal en representación de Anuar Arana Gechem a pesar de conocer que éste le había revocado el mandato, le generó al mandante la obligación contractual como si el mandato no hubiera dejado de existir. Este efecto legal le representa al poderdante que deba afrontar todas las consecuencias jurídicas que se derivan de la celebración del contrato estatal, aplicado al presente caso, incluso, la configuración de la inhabilitación para participar como candidato a la elección de alcalde.

En este orden de ideas se impone confirmar la sentencia apelada que anuló la elección del señor Anuar Arana Gechem como Alcalde de Magangué.

Sentencia de 19 de febrero de 2009. Exps. 13001-23-31-2007-00700- 00 Y 13001-23-31-0002007-0776-00. M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA.

***Con salvamento de voto de los consejeros María Nohemí Hernández Pinzón y Mauricio Torres Cuervo.**

5. ES INFUNDADA LA RECUSACIÓN BASADA EN HABER CONOCIDO Y DECIDIDO OTRA DEMANDA ELECTORAL CONTRA EL MISMO ACTO

El interviniente adhesivo recusa a los Magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar porque con anterioridad decidieron el mismo tema, al haber dictado sentencia en el proceso acumulado, la cual declaró la nulidad de la elección del Alcalde de Valledupar. Considera que esa intervención y decisión anterior los inhabilita para resolver las pretensiones de este proceso, conforme el num. 2° del art. 150 C. de P. C. que prevé: "*haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente*".

Para la Sala la recusación que se plantea no tiene vocación de prosperidad. Si bien la filosofía y fines que inspiran las causales de recusación, son los de garantizar la independencia e imparcialidad con las cuales deben obrar los jueces en el ejercicio de sus funciones, no es de recibo en el presente caso la aseveración en el sentido de que esos principios puedan alterarse porque con anterioridad, los Magistrados decidieron el proceso de nulidad electoral acumulado, contra el mismo acto, que por otros demandantes se promovió.

El vocablo “instancia” empleado por el legislador para tipificar la causal, hace referencia al grado jurisdiccional que tenga el correspondiente proceso, por regla general de primera y de segunda instancia. Entonces, haber conocido del proceso en instancia anterior se presenta cuando el Juez en segunda instancia pretenda conocer del mismo proceso que ya con anterioridad hubiere conocido en primera instancia.

La circunstancia de que esté por resolverse por el Juez en primera instancia proceso electoral contra el mismo acto que ya se acusó en otros procesos que promovieron distintos demandantes, procesos éstos que previa acumulación él ya definió, no lo priva de la competencia natural que le asiste para conocer y decidir éste otro. Entonces, si legítimamente tiene la competencia, en manera alguna la asunción de tal proceso constituye actuación que se halle inmersa en las circunstancias que tipifican la causal de recusación que se invocó, la cual, por tanto, es inaplicable a este caso y se declarará infundada.

[Auto de 26 de febrero de 2009. Exp. 20001-23-31-000-2007-00231-02. M.P.: SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. ENTIDADES COMPETENTES PARA ADELANTAR PROCESOS DE DESLINDE DE HUMEDALES

La Sala de Consulta y Servicio Civil ha resuelto recientemente un importante número de conflictos de competencia en los que diversas corporaciones autónomas regionales cuestionan sobre la entidad competente para adelantar los procesos de deslinde de humedales iniciados por el INCODER antes de la Ley 1152 de 2007. En uno de esos asuntos la Sala advirtió que, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 28 de esa Ley, los procesos agrarios que el INCODER se encontraba tramitando antes de la entrada en vigencia de esa norma y que no tuvieron decisión definitiva, corresponde continuarlos a la Unidad Nacional de Tierras, UNAT. También aclaró que los procesos iniciados después de esa misma época, son competencia de las corporaciones autónomas regionales y, además, que éstas entidades deben prestar asesoría y acompañamiento al UNAT en dichos trámites, en virtud del deber de colaboración entre entidades públicas y los principios de eficacia, economía y celeridad.

[Auto de 5 de febrero de 2009. Exp. 11001-03-06-000-2008-00086-00 M.P.: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO.](#)

2. COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL ES LA ENTIDAD COMPETENTE PARA ADELANTAR CONCURSOS DOCENTES

La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación advirtió que la Comisión Nacional de Servicio Civil tiene atribuida la función de realizar los concursos de la carrera docente y, por lo tanto, es la entidad competente para resolver las reclamaciones que presenten los participantes durante el trámite. Así lo resolvió dentro del conflicto de competencias suscitado entre aquella entidad y el Municipio de Medellín - Secretaría de Educación, porque ambas se negaban a responder la petición que el señor Gildardo Ernesto López presentó a la entidad territorial para ser entrevistado y valorados sus antecedentes, en el marco del concurso docente en el que estaba participando. La decisión de la Sala estuvo soportada en el Decreto 3982 de 2006, que quitó a las entidades territoriales la competencia que les otorgaba el Decreto 3238 de 2004 para administrar la carrera docente y la radicó en la referida Comisión. El auto concluyó resaltando que “los administrados no pueden, frente a un tránsito de legislación, quedar sin la posibilidad de acudir a la administración con el fin de que les sean definidos sus peticiones frente a un determinado asunto y en ese sentido debe existir una autoridad competente para definirlos independientemente de si se le de o no la razón al solicitante”.

[Auto de 23 de septiembre de 2008. Exp. 11001-03-06-000-2008-00066-00\(C\) M.P: WILLIAM ZAMBRANO CETINA.](#)

3. EL CONFLICTO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS NO ES LA VIA IDONEA PARA ENMENDAR VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. FONCEP ES LA ENTIDAD SUCESORA DE FAVIDI EN LA ADMINISTRACION DEL FONDO DE PENSIONES PUBLICAS DE BOGOTA

Al resolver el conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP) y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con relación a la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora Gloria María Salamanca de Recio, quien fuera docente del Distrito Capital de Bogotá, y ante el argumento de la Secretaría de Hacienda Distrital según el cual el reconocimiento de dicha pensión se hizo sin competencia legal, la Sala de Consulta y Servicio Civil advirtió que el procedimiento de definición de competencias administrativas ciertamente no es la vía legal idónea para corregir un pretendido error de competencia en un acto administrativo que se encuentra en firme y en ejecución, pues dicho procedimiento no está destinado a anular o invalidar un acto definitivo. De otra parte, consideró que en el caso concreto, la entidad que debía resolver la solicitud de reliquidación de la pensionada era el FONCEP, como sucesor de FAVIDI y actual administrador del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá D.C. y en aplicación del artículo 7º del decreto 196 de 1995, que dispone que el pago de las prestaciones sociales de los docentes vinculados con recursos propios de las entidades territoriales, que se hayan causado antes de su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, son de responsabilidad directa de las entidades territoriales o de sus cajas de previsión o entidades que hagan sus veces, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones.

[Auto de 4 de septiembre de 2008. 11001-03-06-000-2008-00061-00\(C\) M.P: GUSTAVO APONTE SANTOS.](#)

4. NO HAY CONFLICTO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS ANTE LA EXISTENCIA DE UN ACTO ADMINISTRATIVO QUE RECONOCE LA COMPETENCIA DE UNA DE LAS ENTIDADES

Así lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil ante la solicitud presentada por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, respecto de la definición de la autoridad competente para evaluar los planes de saneamiento y manejo de vertimiento (PSMV) que deben presentar los municipios o empresas prestadoras del servicio público domiciliario de alcantarillado, en el caso concreto EMCALI. La Sala recordó que se suscita un conflicto de competencias administrativas cuando dos entidades manifiestan en el mismo sentido su competencia (conflicto positivo) o incompetencia (conflicto negativo) respecto de determinadas actuaciones, sin que se haya expedido acto administrativo por medio del cual una de ellas asuma la competencia y no después de que el

mismo sea proferido. En este asunto, advirtió que si bien las dos entidades involucradas en la discusión manifestaron ser competentes para la evaluación y seguimiento ambiental del PSMV presentado por EMCALI, existe un acto administrativo en firme del Departamento Administrativo de Gestión del Medio Ambiente (DAGMA) del municipio de Santiago de Cali, que goza de presunción de legalidad, por lo cual concluyó que no se daban los supuestos necesarios para el conflicto de competencias establecidos en el Código Contencioso Administrativo, sin perjuicio de que la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, si así lo considera, pueda demandar dicho acto por la posible causal de falta de competencia del DAGMA al expedirlo.

Auto de 28 de agosto de 2008. 11001-03-06-000-2008-00059-00(C) M.P: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO.

NOTICIAS DESTACADAS

IN MEMORIAM

El Consejo de Estado lamenta con profundo pesar el fallecimiento de la **doctora Liliana Orozco Daza**, magistrada del Tribunal Administrativo del Cesar.

El Consejo de Estado hace llegar el más sentido pésame a sus familiares y amigos.

CONSEJO EDITORIAL

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Maria Claudia Rojas Lasso
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

- **Carolina Leal**
Secretaria 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, opción **BOLETINES**, opción **CONSULTAR**, opción **2009**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña.

Para cualquier inquietud escribanos a: boletin@consejodeestado.gov.co