



Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día	
• Acciones Constitucionales	1 - 6
• Sección Primera	6 - 10
• Sección Segunda	10 - 17
• Sección Tercera	18 - 19
• Sección Cuarta	19 - 26
• Sección Quinta	26 - 29
• Sala de Consulta y Servicio Civil	29 - 33
• Noticias Destacadas	34

Noticias destacadas

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, ELEGIDO MAGISTRADO DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO

EDITORIAL

A propósito de su retiro, sea esta la oportunidad para destacar la importante gestión desarrollada por la H. Consejera de Estado, Doctora Myriam Guerrero de Escobar, deseándole un promisorio futuro en los proyectos que ahora emprende y ratificándole nuestro sentimiento de reconocimiento y aprecio.

Los mejores éxitos a la compañera y amiga.

Por otra parte, que sea esta la oportunidad para darle una especial bienvenida a la Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, quien desde el pasado 13 de mayo nos acompaña como nueva Consejera de Estado de la Sección Cuarta. Le auguramos éxitos en su labor, convencidos de que su presencia y actividad fortalecerá a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

1. a) A los pacientes con Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida debe garantizárseles tratamientos médicos integrales

Al resolver la consulta de un incidente de desacato en acción de tutela, por el incumplimiento en el suministro de medicamentos a un paciente con Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, la Sección Primera puso de presente la obligación de las entidades promotoras de salud (EPS) de brindar tratamientos médicos integrales a personas con VIH y los requisitos que deben cumplirse para el suministro de medicamentos adicionales al tratamiento de esta enfermedad.

La Sala señaló que la Corte Constitucional ha emitido varios pronunciamientos indicando que las personas que padecen el Síndrome de Inmunodeficiencia Humana - VIH - Sida, son sujetos de especial protección por parte del Estado, y que, como consecuencia de ello, debe garantizárseles el tratamiento médico de manera integral.

Sin embargo, la citada Corporación también ha expuesto que la atención integral está supeditada al diagnóstico y a las órdenes y prescripciones de suministro de medicamentos presentadas por el médico tratante de la EPS a la cual se encuentre afiliado el paciente. De otro lado, se advirtió que en materia de suministro de medicamentos adicionales a los que normalmente se recetan para contrarrestar los efectos de la enfermedad, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que las EPS's están en la obligación de entregarlos siempre que se consideren eficaces para mejorar la calidad de vida de la persona infectada y se cumplan unas determinadas condiciones. En el caso concreto, se concluyó que a la actora debió serle suministrados todos los medicamentos que le recetó el médico tratante, sin necesidad de que el Comité técnico Científico, se pronunciara al respecto, pues cumplía con los lineamientos que la Corte Constitucional ha establecido para el efecto.

b) Los pacientes con enfermedades catastróficas están exceptuados del pago de cuotas moderadoras

La actora se encuentra dentro del grupo de afiliados del régimen contributivo en virtud de una vinculación laboral, y por lo tanto, en aplicación del principio de solidaridad debe pagar cuotas moderadoras de acuerdo con el ingreso que perciba. No obstante, la demandante se encuentra dentro de la excepción prevista a la regla general anotada, puesto que padece de VIH, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º del Acuerdo 30 de 1996, las enfermedades catastróficas o de alto costo, como ésta, se encuentran exceptuadas del pago de la cuota moderadora.

[Sentencia de 13 de mayo de 2010, Exp. 47001-23-31-000-2000-00398-01\(AC\), MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA](#)

2. Improcedencia de la acción de tutela para obtener la nulidad de las elecciones al Congreso o decretar su suspensión

Mediante tutela, se pretendió la suspensión indefinida y la nulidad de las elecciones del Congreso de la República realizadas el 14 de marzo de 2010. El actor formuló la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable que se causarían al pueblo colombiano, “en el ejercicio de su soberanía y de los mecanismos de participación democrática consagrados en el título IV, capítulo I, artículo 103 de la Constitución Política, y en aquellos otros consagrados en el Capítulo II artículos 107 y subsiguientes de la Constitución Política”.

La Sección Segunda, consideró que existe otro medio de defensa judicial, como es la Acción Electoral, mediante la cual es posible impugnar el acto declaratorio de elección de Congresistas; dicha acción se adelanta ante esta Jurisdicción y a la autoridad judicial respectiva le competente definir la legalidad del acto administrativo que en tal sentido disponga. Igualmente, evidenció las inconsistencias de las pretensiones del actor, pues, de una parte, solicita la suspensión indefinida y la nulidad del proceso electoral, que, antecede a la expedición del acto declaratorio de elección y, de otra, solicita la nulidad de las elecciones, cuyos resultados se consignan en dicho acto administrativo, único susceptible de impugnarse mediante la vía de la Acción Electoral, en los términos del artículo 229 del Código Contencioso Administrativo. Así entonces, si se aceptara, en gracia de discusión, que es posible acceder a la petición de suspensión indefinida del proceso electoral, no podría expedirse el acto declaratorio de elección y en consecuencia tampoco sería posible anular la elección del Congreso de la República, en los términos solicitados. Finalmente, la Sala resaltó que en el sub-lite, no se demostró que con la Acción de Tutela se evitara la realización del perjuicio irremediable que adujo el actor en su escrito.

[Sentencia de 22 de abril de 2010, Exp. 110001-03-15-000-2010-00368-00\(AC\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ](#)

3. Para la procedencia de la sanción por desacato de un fallo de tutela, las órdenes de la sentencia deben ser claras y precisas

La sección Cuarta al resolver en consulta un incidente de desacato, revocó la sanción impuesta al Ministerio de Protección Social por incumplir el pago de unas acreencias laborales convencionales adeudadas a los actores en su condición de antiguos trabajadores del Instituto de Seguros Sociales.

La Sala consideró que la orden dada por el Tribunal al resolver la tutela no era suficiente para determinar la obligación del Ministerio accionado, pues no individualizó los derechos convencionales, ni precisó alguna instrucción sobre la forma cómo se deben reconocer, ni estableció un término para su cumplimiento, lo que impide hacer efectivos los derechos que el *a quo* protegió y hacer exigible la orden, puesto que para que haya lugar a declarar el desacato de la orden de tutela se debe verificar quién es la persona que resultó obligada al cumplimiento, el término otorgado para ejecutarla y el alcance de la misma. Dado que la orden de tutela no es clara ni precisa, se revocará la decisión sancionatoria. Empero, para no hacer inane el amparo que se concedió en el asunto bajo estudio, se instará al *a quo* para que tome las medidas necesarias para la protección de los derechos que encontró vulnerados.

[Sentencia de 18 de marzo de 2010, Exp. 08001-23-31-000-2008-00486-01\(AC\), MP. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA](#)

4. La configuración del silencio administrativo positivo no suple la obligación de resolver un derecho de petición

La Sección Cuarta consideró vulnerado el derecho de petición del actor puesto que la Comisión de la Carrera Administrativa de la Defensoría del Pueblo no resolvió el recurso interpuesto por el demandante contra el acto administrativo que lo excluyó del concurso de méritos de esa entidad.

La Sala no admitió la tesis del Tribunal según la cual el amparo constitucional no es procedente puesto que existen otros medios de defensa judicial para proteger los derechos invocados, como lo es la acción contencioso administrativa contra el acto ficto o presunto en aplicación del silencio administrativo negativo. Consideró que tal afirmación desconoce una consolidada doctrina constitucional, que establece que el silencio administrativo no protege el derecho de petición, pues tiene un objeto distinto y, por otra parte, es precisamente prueba clara e incontrovertible de que el mismo ha sido violado. La obligación del funcionario u organismo sobre oportuna resolución de las peticiones formuladas no se satisface con el silencio administrativo. Este tiene el objeto de abrir para el interesado la posibilidad de llevar el asunto a conocimiento del Contencioso Administrativo, lo cual se logra determinando, por la vía de la presunción, la existencia de un acto demandable. Pero de ninguna manera puede tomarse esa figura como supletoria de la obligación de resolver que tiene a su cargo la autoridad, y menos todavía entender que su ocurrencia excluye la defensa judicial del derecho de petición considerado en sí mismo.

[Sentencia de 8 de abril de 2010, Exp. 85001-23-31-000-2010-00006-01\(AC\), MP. WILLIAM GIRALDO GIRALDO](#)

5. a) Competencia para conocer acciones de tutela contra providencias judiciales de la Justicia Penal Militar

Con ocasión de la interposición de una acción de tutela contra una providencia judicial proferida por un juez penal militar, la Sección Quinta se pronunció acerca del ámbito restringido de esa

jurisdicción y validó la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer el asunto en controversia.

La Sala consideró pertinente aclarar el tema de la competencia para conocer de esta tutela, porque de la lectura del numeral 2 del artículo 1° del decreto 1382 de 2000 podría entenderse que el competente para conocer de acciones de tutela interpuestas contra funcionarios de la justicia penal militar, sería el respectivo superior funcional. Sin embargo, en relación con esta jurisdicción, en especial para conocer de solicitudes de tutela, la Corte Constitucional enfatizó en auto de agosto de 2004 que “(...) Como a la justicia penal militar le está prohibido investigar o juzgar a los civiles, es claro que jamás podría conocer de una tutela demandada por un civil, o contra éste.(...)”. Ese criterio jurisprudencial permite analizar las reglas de reparto contenidas en el decreto 1382 de 2000, ya que en él se determina que las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, a los Tribunales Superiores, Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura.

b) La acción de tutela contra providencia judicial es improcedente para modificar la decisión de fondo proferida por el juez natural.

La Sección Quinta confirmó la negativa del tribunal a una tutela dirigida a invalidar la decisión de la Justicia Penal Militar en el caso de un soldado condenado por el delito de desertión.

Para el juez de tutela se impone preservar valores superiores de la justicia: la certeza y seguridad jurídica derivadas de la cosa juzgada y de la inmutabilidad de la sentencia, así como respetar la autonomía del fallador. Anudado a todo ello está la consideración de que no es admisible, a la luz de la misma lógica, que un juez de tutela en el breve lapso que la ley le otorga para decidirla, pueda inmiscuirse en el examen y en la definición sobre el fondo de una controversia de la especialidad propia del juez natural al cual, resolverla le reportó un complejo y profundo análisis, para el que tuvo que invertir un término de tiempo muy superior.

Fundada en estos razonamientos, solo en situaciones especialísimamente excepcionales en las cuales se evidencie de manera superlativa que la providencia judicial padece un vicio procesal ostensiblemente grave y desproporcionado, que lesiona en grado sumo el derecho fundamental de acceso a la justicia, individualmente considerado o en conexidad con el derecho de defensa y de contradicción, núcleo esencial del derecho al debido proceso, la Sala ha admitido que la acción de tutela constituye el remedio para garantizar estos especiales y concretos derechos amenazados o trasgredidos, procediendo en tales casos a ampararlos porque considera que prevalecen sobre los mencionados valores de seguridad jurídica y de cosa juzgada en tanto de nada sirve privilegiarlos, si no se ha garantizado al individuo como ser humano la justicia material en tan especialísimos derechos inherentes a su misma dignidad.

Así, dicta la correspondiente orden de enmendar o de rehacer una actuación, a ser acatado por el fallador de instancia, orden que no implica, se reitera, penetrar en el fondo del asunto.

En el evento sometido a consideración a ello equivale la pretensión de la accionante concerniente a que se le suprima validez a la decisión y en su defecto, se absuelva al señor JLHM del delito por el que fue procesado, y se le exonere de seguir prestando el servicio militar. Porque aceptar tal pretensión implicaría desconocer los principios de cosa juzgada, de seguridad jurídica e incluso de independencia y autonomía de los jueces, consagrados en el artículo 228 de la Carta Política, y representaría la equivocación de admitir que el juez de tutela puede inmiscuirse en todos los casos, en las competencias del juez natural del asunto por la sola razón del desacuerdo con lo que éste resolvió. Bajo estos razonamientos esenciales, la Sala concluye que la tutela propuesta en esta oportunidad, en cuanto va dirigida a modificar la decisión sobre el fondo de la controversia que dirimió la providencia judicial, es improcedente.

[Sentencia de 13 de mayo de 2010, Exp. 08001-23-31-000-2010-00051-01\(AC\), MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

6. La acreditación de experiencia profesional exigida en el concurso de méritos, se cumple si se acredita el ejercicio de funciones similares, no idénticas, a las del cargo ofertado.

La Sección Quinta amparó el derecho de acceso a cargos y funciones públicas de un aspirante dentro de un concurso de méritos porque no se tuvo en cuenta la experiencia profesional adquirida en un cargo con funciones similares a las del cargo al que se presentó.

La Sala insistió en que el hecho de que la Administración establezca como regla para acceder a determinado cargo la necesidad de acreditar experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo ofertado, no es violatorio de los derechos a la igualdad, al trabajo, y acceso a los cargos y funciones públicas. Uno de esos requisitos puede ser el de acreditar que el aspirante ha tenido en el pasado otros empleos o cargos o actividades que guarden cierta similitud con las funciones que debería desempeñar en caso de que fuera nombrado en el cargo para el cual se ha presentado. Empero, no se trata de que deba demostrarse que ha cumplido exactamente las mismas funciones, pues ello implicaría que la única manera de acreditar experiencia relacionada, sería con el desempeño del mismo cargo al que se aspira, lo que resulta a todas luces ilógico y desproporcionado. Pero sí se debe probar que existe una experiencia en cargos o actividades en los que se desempeñaron funciones similares. En el caso concreto, resulta claro que las funciones pertenecientes al cargo al cual se inscribió la demandante y las desempeñadas como Asesora Jurídica de la Secretaría de Gobierno de Pasto guardan una relación sustancial, pues, en términos generales, comprenden factores de análisis jurídico, coordinación de personal, gestión, apoyo y control dentro de la entidad. Por tal razón, no es admisible que la Comisión de Carrera Administrativa de la Defensoría del Pueblo no hubiera tenido como experiencia relacionada la referente al citado cargo. En consecuencia, modificó la decisión del *a quo* para ordenar una nueva evaluación de los antecedentes de la actora, según las constancias laborales aportadas al momento de la inscripción.

[Sentencia de 6 de mayo de 2010, Exp. 52001-23-31-000-2010-00021-01\(AC\), MP. SUSANA BUITRAGO VALENCIA](#)

ACCIONES POPULARES

1. a) Se amenaza el derecho colectivo a la existencia del equilibrio ecológico por el aprovechamiento forestal de las áreas forestales protectoras de la cuenca del Río Blanco

La Sección Primera confirmó la providencia del *a-quo* que amparó el derecho colectivo a existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, amenazados por los aprovechamientos forestales que se realizan en la Cuenca del Río Blanco (Municipio de Manizales), autorizados por Corpocaldas pese a que se encuentran proscritos por la ley.

La Sala resaltó que el reconocimiento de la Cuenca de Río Blanco como Área de Reserva Forestal Protectora obedece a la imperiosa protección que demandan las cuencas hidrográficas como principales fuentes de generación de energía eléctrica, suministro de agua potable para consumo humano, abastecimiento de agua para sistemas productivos agropecuarios e industriales y la protección de ecosistemas y biodiversidad. Por tanto, determinó que los actos administrativos que autorizaron el aprovechamiento forestal en esta área, constituye una real amenaza a los derechos colectivos a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; la conservación de las especies animales y vegetales; la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás

intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente. Así mismo, señaló que se pone en peligro la prestación del servicio público de suministro de agua potable, pues en dicha zona se encuentran ubicados los nacimientos del agua que se distribuye en el municipio de Manizales y sus alrededores.

Consideró a Corpocaldas como responsable de la vulneración de los derechos colectivos, al permitir los aprovechamientos forestales en la cuenca hidrográfica de Río Blanco, puesto que le corresponde la protección y el adecuado manejo de las reservas forestales de su jurisdicción, en las condiciones que fijan la Constitución Política, la Ley y los Reglamentos que para el efecto disponen la prohibición de adelantar aprovechamientos forestales en este tipo de áreas.

b) La acción popular no es el mecanismo para estudiar la legalidad de los actos administrativos, sin embargo estos pueden inaplicarse si amenazan o violan derechos colectivos

La Sala determinó acertada la decisión del a-quo de suspender los efectos del acto administrativo, pero no así su fundamento, esto es, la excepción de ilegalidad puesto que, a su juicio, las Acciones Populares no son el mecanismo establecido para estudiar la legalidad de los actos administrativos. Por lo anterior, consideró que la Resolución No. 098 de 2001 debe ser inaplicada porque representa una amenaza a derechos colectivos, y no porque resulte lesiva del ordenamiento jurídico superior. Además, resaltó que el juicio sobre la legalidad de los actos administrativos, debe agotarse por vía de la Acción de Nulidad.

[Sentencia de 15 de abril de 2010, Exp. 17001-23-31-000-2003-00310-01\(AP\), MP. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. Agente oficioso procesal no está legitimado para sustentar recurso de apelación contra sentencia

En sentencia de primera instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, dirigidas a que se anularan unas decisiones de la DIAN que ordenaron el decomiso de una mercancía. Dicho fallo es apelado, pero la sustentación del recurso la realiza por medio de un agente oficioso procesal.

En razón de lo expuesto, resulta pertinente entrar a determinar si bajo los cánones de nuestro derecho procesal era o no viable jurídicamente que la representación del señor OVIEDO HERNANDEZ al momento de descorrer el traslado para la sustentación del recurso, fuese asumida por un AGENTE OFICIOSO, a pesar de contar con un apoderado debidamente constituido y reconocido en el proceso y quien, en tal condición, era realmente el llamado a sustentar la impugnación. Pues bien, para esclarecer la inquietud antes anotada, es preciso remitirnos a lo dispuesto en los artículos 47 del C. de P. C., en donde se regula dicho instituto jurídico en los siguientes términos. ARTÍCULO 47. AGENCIA OFICIOSA PROCESAL. Se podrá promover demanda a nombre de persona de quién no se tenga poder, siempre que esté ausente o impedida para hacerlo; para ello bastará afirmar dicha circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación de aquella.(...) Como bien se puede apreciar, el artículo 47 del C. de P. C., aplicable a los procesos contencioso administrativos en virtud de la remisión prevista en el artículo 267 del C.C.A. es claro en señalar que dicha figura procesal sólo se encuentra prevista “para promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder”, supuesto que no es en manera alguna el que se configura en el asunto sub examine, en el que se pretende hacer uso de la misma para sustentar el recurso de apelación oportunamente presentando por quien en realidad ostenta el carácter de apoderado de uno de los demandantes y quien a la postre era el llamado a argumentar las razones de su inconformidad frente a la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (...) Dicho de otra manera,

la figura de la agencia oficiosa no se estableció entonces para contestar la demanda, interponer recursos o realizar otras actuaciones dentro de un proceso, tal como lo ha señalado la Sala en repetidas ocasiones. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 22 de abril de 2010. Exp. 25000-23-24-000-2002-00827-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

2. Conceptos jurídicos emitidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en respuesta a consulta no constituyen actos administrativos

Se demanda la nulidad de un concepto jurídico emitido en respuesta a un derecho de petición, en un tema relativo a los servicios públicos domiciliarios.

El concepto en cuestión fue dado en respuesta a “DERECHO DE PETICIÓN.-Consulta Jurídica” que la ciudadana Karen Ximena Pulido Reyes formuló ante el Jefe de la oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos, el 5 de enero de 2004, mediante escrito en el que le dice que “es de mi interés saber: 1. Existe en la normatividad vigente, alguna norma que haga referencia a algún descuento, tarifa preferencia, rebaja (o términos similares) que deban hacer las empresas que prestan el servicio de energía, a las empresas, instituciones o lugares en los cuales se prestan servicios de salud? (...)”. (...). Se trata, entonces, de un concepto dado en desarrollo o cumplimiento del artículo 25 del C.C.A., el cual dispone de manera taxativa que las respuestas dadas en estos casos no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atiendan, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, y así se pone de presente al inicio de la respuesta a la petición de consulta que lo originó. Síguese de ello que dicho concepto no constituye acto administrativo, y menos de carácter normativo que lo haga susceptible de la presente acción de nulidad, pues mediante el mismo no se establece ninguna disposición o regla que produzca efectos jurídicos, de allí que no es oponible ni vincula a los particulares como tampoco a autoridad alguna. Como todo concepto jurídico no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que por lo mismo se expresa en términos de conclusiones, sin efecto jurídico directo sobre la materia de que trata, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, en este caso, para la consultante, sobre las cuestiones planteadas por ella. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 22 de abril de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2007-00050-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad](#)

3. Alcalde Municipal de Cali es competente para regular horario de Clubes Sociales o Privados que operan realmente como establecimientos comerciales con fines lucrativos

En ejercicio de la acción de nulidad se demanda el Decreto Municipal 008 de 2006 expedido por el Alcalde de Cali. Se considera que existe falta de competencia porque los Clubes Sociales o Privados no pueden ser objeto de regulación, dado el ámbito de su actividad.

Por el contrario, tanto en su aspecto material o de contenido, como en el de la competencia para expedir el artículo acusado es fácil observar la plena conformidad suya con las referidas normas superiores. Teniendo en cuenta que lo realmente impugnado es la extensión del horario en el artículo enjuiciado a los clubes, es fácil apreciar que esa extensión no es absoluta sino que lo hace justamente bajo dos condiciones o supuestos, como son en primer lugar la condición o supuesto señalado en el artículo 7º del Decreto 1355 de 1970, esto es, “o de modo que trascienda de lo privado”, al establecer claramente que ese horario se aplicará “Así mismo para personas jurídicas” “bajo la denominación de CLUBES SOCIALES Y/O CENTROS SOCIALES PRIVADOS Y/O CLUBES PRIVADOS Y/O ASOCIACIONES SIN ANIMO DE LUCRO Y/O CLUBES, que ofrezcan en zona urbana o rural servicios o actividades...o de modo que trascienda de lo privado con un fin eminentemente comercial y por lo

tanto lucrativo.” En segundo lugar, establece la condición de que las actividades de recreación, expendio y consumo de licor, sala de baile, discoteca, grill o similar, sala de masajes, centros sociales, casas o salones de eventos o cualquier tipo de espectáculo que ofrezcan las referidas personas jurídicas que se hayan constituido o registrado (...) bajo la denominación de CLUBES SOCIALES Y/O CENTROS SOCIALES PRIVADOS Y/O CLUBES PRIVADOS Y/O ASOCIACIONES SIN ANIMO DE LUCRO Y/O CLUBES, lo hagan con un fin eminentemente comercial y por lo tanto lucrativo. Todo lo anterior deja a salvo los referidos CLUBES SOCIALES Y/O CENTROS SOCIALES PRIVADOS Y/O CLUBES PRIVADOS Y/O ASOCIACIONES SIN ANIMO DE LUCRO Y/O CLUBES, que ofrezcan las mencionadas actividades sin ánimo de lucro y cuya actividad se circunscriba al ámbito privado, esto es, que en el desarrollo de sus actividades no opere como un establecimiento comercial de diversión, expendio de bebidas embriagantes y demás servicios propios de negocios como bares, griles, discotecas, casinos y de diversión nocturna en general, bajo el ropaje de club y/o centro social privado. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 29 de abril de 2010. Exp. 76001-23-25-000-2006-02204-01, M.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Acción de nulidad](#)

4. Diferimiento de arancel externo común no puede hacerse unilateralmente por el Gobierno Nacional, dado que se requiere previa autorización de la Secretaría General de la Comunidad Andina

Se demanda el Decreto 635 de 16 de abril de 2001 expedido por el Presidente de la República, por el cual se reduce transitoriamente el Arancel Externo Común aplicable a las importaciones de arroz. El artículo 5° de la Decisión 370 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena establece que los países miembros podrán diferir la aplicación del Arancel Externo Común, por un período máximo de tres (3) meses, prorrogables a juicio de la Junta, para atender situaciones de emergencia nacional calificadas previamente por la Junta, en un plazo de quince (15) días. De no pronunciarse en ese plazo, el país solicitante quedaría autorizado a diferir el Arancel Externo Común de los productos cuyo diferimiento haya sido solicitado, hasta tanto se pronuncie la Junta. En el caso sub examine, el Gobierno Colombiano presentó el 5 de abril de 2001 la solicitud de diferimiento del Arancel Externo Común por razones de emergencia nacional, la cual fue decidida el 16 de abril y publicada el 18 del mismo mes de 2001, esto es, dentro del término establecido en la norma comunitaria trascrita anteriormente. La Secretaría General de la Comunidad Andina mediante la Resolución 503 de 16 de abril de 2001, negó la solicitud del Gobierno Colombiano consistente en diferir el Arancel Externo Común (...). Por lo tanto, la Resolución 503 era de obligatorio cumplimiento ya que ésta forma parte del ordenamiento jurídico comunitario como lo establece el artículo 1° del Tratado de Creación del Tribunal. Por todo lo anterior, la Sala considera que si bien la Decisión 370 en su artículo 5° prevé la posibilidad de que los países miembros difieran, por razones de emergencia nacional, la aplicación del Arancel Externo Común por periodos determinados, no los autoriza para proceder unilateralmente, toda vez que la norma exige como requisito, que la situación de emergencia sea calificada previamente por la Secretaría General. En efecto, el Gobierno Nacional procedió unilateralmente y redujo el Arancel Externo Común desconociendo lo establecido en la Resolución 503 de 16 de abril de 2001 proferida por la Secretaría General de la Comunidad Andina, la cual prevalece sobre toda regulación que tenga Colombia al respecto. Fuerza es, entonces, declarar la nulidad del Decreto 635 de 16 de abril de 2001, por las razones expuestas. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 22 de abril de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2001-00163-01, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad](#)

5. Decretada pérdida de investidura de Concejal Municipal por violación al régimen de inhabilidades

Es formulada demanda en ejercicio de la acción de pérdida de investidura contra un Concejal municipal, al estimarse que se vulnera el régimen de inhabilidades, en razón a su vínculo matrimonial con quien obró como Gobernadora encargada del Departamento del Quindío dentro del periodo de los 12 meses anteriores a su elección como concejal.

Al demandado se le endilga la conducta consistente en violar el régimen de inhabilidades pues su esposa, señora MARÍA NELLY APONTE VALENCIA, ejerció autoridad política y administrativa en el Municipio de Armenia, dentro de los doce meses anteriores a su elección como Concejal del mismo Municipio, al ejercer el empleo público del nivel directivo departamental denominado SECRETARIA PRIVADA DEL DEPARTAMENTO DEL QUINDÍO hasta el 31 de diciembre de 2007 y como GOBERNADORA ENCARGADA del mismo Departamento durante periodos discontinuos en los 12 meses anteriores a la elección. El artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, es del siguiente tenor: “Art. 40 De las inhabilidades de los Concejales. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994, quedará así: “Artículo 43. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: ...4.- Quien tenga vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo Municipio o Distrito.....”. (...) Conforme consta a folios 21 a 27 del cuaderno principal, los distintos actos administrativos a través de los cuales se encargo de las funciones del cargo de Gobernadora a la señora MARÍA NELLY APONTE VALENCIA, aluden a la FALTA TEMPORAL DE LA TITULAR y A LA NECESIDAD DE DEJAR ENCARGADA A UNA PERSONA DEL CARGO DE GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO, PARA EL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DEPARTAMENTAL. De tal manera que no son de recibo los argumentos del apelante en cuanto a que el encargo no obedeció a faltas absolutas o temporales. Además, aceptando, en gracia de discusión, que no se trató de un encargo propiamente dicho, tales actos administrativos gozaron de presunción de legalidad y no existe prueba en el expediente de que hubieran sido anulados o suspendidos y que, por lo mismo, el encargo no hubiera producido efecto jurídico alguno. De otra parte, estima la Sala que basta con detentar la potestad de Gobernadora para que se configure la causal de violación al régimen de inhabilidades, sin que sea menester establecer la ejecución material de actos que entrañen el ejercicio de autoridad política o administrativa. Así lo precisó esta Corporación en sentencia de 24 de julio de 2008 (Expediente 2007-00681, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno). *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 22 de abril de 2010. Exp. 63001-23-31-000-2009-00238-01\(PI\), M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de pérdida de investidura](#)

6. Legalidad de acto administrativo que negó registro de la marca ATÚN EL REY en razón al riesgo de confusión indirecta con la marca EL REY previamente registrada

La Superintendencia de Industria y Comercio negó el registro de la marca mixta “ATÚN EL REY” para distinguir productos comprendidos en la clase 29 de la Clasificación Internacional de Niza. Se demanda la nulidad de esa decisión al considerarse que dicha sí es registrable

En cuanto a las marcas “ATÚN EL REY” de la actora y “EL REY” del tercero interesado en las resultas del proceso, es preciso indicar respecto a la similitud ortográfica, que la primera de las nombradas es una marca compuesta de tres palabras, de las cuales la primera contiene cuatro letras, dos vocales, dos consonantes y dos sílabas; la segunda, dos letras, una vocal, una consonante y una sílaba, y la tercera, tres letras, dos consonantes y una sílaba. “EL REY”: es una marca compuesta de dos palabras que contiene la primera de ellas dos letras, una vocal, una consonante y una sílaba; la segunda, tres letras, una vocal, dos consonantes y una sílaba. Entre ambas se observa que coinciden

en la expresión “EL REY”. Referente a la similitud fonética, cabe destacar que al coincidir en la expresión “EL REY”, sus sílabas tónicas son idénticas, además, se observa que al ser pronunciada su denominación, se encuentra una significativa identidad con la marcas opositoras “EL REY”, pues en aplicación de esta regla técnica se aprecia que de sus acentos prosódicos que son los elementos caracterizantes de todo signo, se determina que la marca “ATÚN EL REY” no está dotada de especial eficacia diferenciadora, es decir, no es distintiva observemos: ATÚN EL REY-EL REY ATÚN EL REY-EL REY ATÚN EL REY-EL REY . En cuanto a la similitud ideológica o conceptual, La Sala aclara, que la expresión “EL REY” común en ambas marcas hace parte del lenguaje común y corriente, que evoca en la mente del consumidor o usuario al monarca o soberano de un reino. Así las cosas, el resultado es que ambas marcas “ATÚN EL REY” y “EL REY” en su estructura ortográfica, fonética y conceptual es idéntica, pues la palabra ATÚN que hace parte de la denominación de la marca de la actora, es genérica, por describir uno de los productos de la clase 29 Internacional, la cual no puede ser objeto de apropiación, dado que puede ser empleada por cualquier empresario como elemento adicional a su marca. *Reiteración de jurisprudencia*

[Sentencia del 22 de abril de 2010. Exp. 11001-03-24-000-2003-00274-01, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. Situación fáctica: Se trata de establecer la legalidad de la resolución que negó la reliquidación de la pensión del actor, a fin de determinar la normatividad aplicable para tal efecto y los factores a tener en cuenta bajo el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993

a) Aplicación del régimen de transición en pensión de jubilación

La liquidación del derecho pensional de los empleados cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto admite tres eventos: 1) La aplicación integral de la normatividad anterior en todos los aspectos que conforman el derecho pensional, que como se mencionó al principio corresponde a la esencia misma del sistema de transición. 2) La aplicación del régimen anterior salvo en el cálculo del Ingreso Base de Liquidación, el cual se establecería por favorabilidad de conformidad con la primera regla del inciso 3° ibidem, esto es, con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión a partir de la vigencia de la Ley 100, cuando éste fuere inferior a 10 años; y 3) La aplicación del régimen anterior estableciendo el ingreso base de liquidación de conformidad con la segunda regla contenida en el inciso 3° en mención, es decir, con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo, cuando el que faltare para acceder a la pensión fuera superior a 10 años. Al respecto debe entenderse que por ser de la esencia del régimen de transición la aplicación integral del régimen anterior, el primer supuesto opera de pleno derecho para quienes se encuentran inmersos en el mismo y consolidan su status pensional, así para efectos del cálculo del quantum pensional y la determinación del ingreso base de liquidación se observarán igualmente las normas que gobernaron la concesión del derecho; no sucede así para quienes consideran les beneficia la liquidación establecida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si bien corresponde al Juez aplicar el principio de favorabilidad, incumbe en estos casos a la parte interesada no sólo alegarla sino probar y aportar los elementos que permitan establecerla, pues bajo los tres supuestos anteriormente enlistados la favorabilidad de la norma sólo puede determinarse luego de la liquidación aritmética del derecho, por lo que se torna necesario para quien pretende la aplicación del inciso 3° en mención, probar que en efecto le beneficia y en tal sentido aportar los certificados salariales que respalden su pretensión. De acuerdo con lo anterior se tiene, que la liquidación del derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, no impone una regla jurídica homogénea en la resolución judicial de los conflictos que

al respecto se presentan, sino que admite tres hipótesis que dependerán básicamente en cada caso del contenido del petitum y del acervo probatorio que lo respalde, pues si bien en la mayoría de casos resulta benéfica la aplicación integral del contenido del régimen de transición -tratándose de regímenes generales la liquidación aritmética ordenada en las Leyes 33 y 62 de 1985-, en otros resulta favorable el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 ibidem, como en aquellos casos en los que el empleado obtuvo mayores ingresos salariales precisamente en los años que precedieron el último año de servicios, situación que teniendo en cuenta el régimen general anterior referido arrojaría un Ingreso Base de liquidación pensional inferior al que podría obtener el pensionado aplicando el inciso 3° en mención, que ordena su cálculo con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión con la actualización año tras año conforme al IPC, caso en el que corresponde al interesado alegar y probar la favorabilidad de dicha norma.

b) Factores salariales para determinar el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación

La Sala debe abordar el asunto central, respecto a cuáles serían los factores salariales que integrarían el ingreso base para liquidar la pensión de jubilación de los pensionados gobernados por el régimen ordinario y cobijados por la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En efecto, quienes bajo el presupuesto esencial de la aplicación integral del régimen de transición, resulten gobernados por el régimen general anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, por el contenido del artículo 1° (inc. 1°) de la Ley 33 de 1985, se aplican en cuanto al ingreso base de liquidación de su derecho los factores salariales enlistados taxativamente en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33. Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los expresamente definidos por el Legislador, sobre los cuales es imperativo el descuento de aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede entonces válidamente ser incluido en la liquidación de la pensión, de manera que lo dispuesto en el inciso 3° de la Ley 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las Entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional. Constituyen entonces factores de liquidación pensional en este caso la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional, y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, trabajo supletorio o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. Ahora, para quienes en aplicación del principio de favorabilidad deba liquidárseles su derecho pensional teniendo en cuenta el contenido del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deberán observarse los factores salariales previstos en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

[Sentencia del 18 de febrero de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2004-04269-01\(1020-08\), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

2. Situación fáctica: Se trata de definir si el demandante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de sobreviviente por ser el cónyuge supérstite

Pensión de sobreviviente a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA cuando el causante cumplió el tiempo de servicio para la pensión de jubilación pero no tenía la edad requerida

Teniendo en cuenta que la causante cumplió bajo el régimen anterior a la Ley 100 de 1993 con el tiempo de cotización previsto, bajo unos supuestos exigidos al momento del ingreso al Sistema de Seguridad Social, la Sala deberá aplicar el principio de la condición más favorable al trabajador, consagrado en el artículo 53 superior, en relación con el tema de pensiones de sobrevivientes, que para el presente caso es la estatuida en el régimen anterior, esto es, en la Ley 12 de 1975. Como se pudo constatar que el demandante contrajo matrimonio con la causante y estuvo unido a ella en el momento de su fallecimiento, puede acceder al reconocimiento pensional pedido a partir de la fecha en la cual ocurrió el deceso, en los términos del régimen anterior a la Ley 100 de 1993, es decir,

aplicando para el efecto las Leyes 33 y 62 de 1985. En esas condiciones, el SENA debe reconocer la prestación solicitada por el demandante de conformidad con el derrotero planteado a lo largo de esta providencia, sin perjuicio de que previos los trámites correspondientes transfiera la obligación al Instituto de Seguros Sociales si la causante logró cumplir también los requisitos exigidos para obtener la pensión de vejez que el Instituto otorga, obviando, claro está, la exigencia de la edad, de conformidad con lo dicho en párrafos anteriores. La anterior decisión se toma con el fin de garantizarle al cónyuge superviviente la disposición de unos recursos para su digno sostenimiento, en forma tal que el deceso de su esposa no signifique una ruptura que afecte los derechos fundamentales del núcleo familiar. Y es que es de la esencia de la pensión de sobrevivientes, impedir que quien haya convivido permanentemente y prestado apoyo efectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea avocada a soportar de manera aislada las cargas materiales y espirituales que supone su desaparición.

[Sentencia del 25 de marzo de 2010, Exp. 08001-23-31-000-2001-02565-01\(7782-05\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

3. Situación fáctica: Factores de liquidación de la pensión de jubilación para los empleados de la Contraloría General de la República

La inclusión del quinquenio o bonificación especial de los empleados de la Contraloría General de la República como Ingreso base de liquidación de la pensión debe computarse en su totalidad siempre que se reciba durante el último semestre

El artículo 23 del Decreto 929 de 1976, prescribió: “ARTÍCULO 23. Los funcionarios de la Contraloría General de la República, tendrán derecho al pago de una bonificación especial de un mes de remuneración por cada período de cinco años cumplidos al servicio de la institución a partir de la vigencia de este Decreto, durante el cual no se haya aplicado sanción disciplinaria, ni de ningún otro orden. El contralor General de la República reglamentará la forma y cuantía de esta bonificación.”. Deben sí pagarse estos rubros en forma proporcional, pues dado que su pago está previsto por anualidades causadas, para determinar la mesada pensional se calculan las doceavas partes de todos aquellos factores devengados y se adicionan a la asignación; luego, si para el caso de la contraloría se liquida por el promedio de lo devengado en los 6 últimos meses, quiere decir que ya no puede hablarse de doceavas, sino de sextas partes, que corresponden a montos superiores, pues se trata de un régimen más favorable que el general. No ocurre lo mismo con la liquidación de la bonificación especial, causada cada vez que el empleado cumple cinco (5) años de servicios en la entidad, porque en este caso, a diferencia de los otros rubros que se toman como factor salarial para la pensión, el derecho sólo surge para el servidor al cumplirse ese período y no antes, de manera que si por alguna razón se retira del servicio antes de cumplir los cinco (5) años, no se le paga en forma proporcional, sino que simplemente no se cumple la condición que genera el pago de la contraprestación. Por ello, si no es susceptible de ser pagada en forma proporcional, tampoco lo es de ser segmentada para computarla como factor pensional, pues con ello se le estaría dando un tratamiento equivalente al de otros factores que sí pueden ser pagados proporcionalmente, cuando el empleado se retira sin culminar el año completo de servicios. Tal conclusión surge de la forma como fue concebida la bonificación especial en la norma (art. 23 Dto. 929/76) que consagró como su fundamento el hecho de cumplir un período de cinco (5) años al servicio de la Institución y si la disposición contenida en el artículo 7º ibídem, transcrito en párrafos antecedentes, señaló que la pensión ordinaria de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre, debe entenderse que se promedia lo que es susceptible de tal operación, pero lo que no es posible de ser fraccionado se incluye integralmente.

*** Salvamento de voto del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve**

La inclusión del quinquenio como base de liquidación pensional en la Contraloría General de la República debe ser de manera proporcional y no total

En efecto, considero que dentro de los factores salariales computables en la base liquidatoria de la pensión de jubilación de los servidores de la Contraloría, se debe incluir para los vinculados antes del 1° de enero de 1992, la bonificación especial (quinquenio), pero no de manera total como se ordena en el presente fallo, sino de manera proporcional. Proporción que resulta de la división del valor total certificado de dicho factor entre los cinco años que sirvieron para su causación, el cual se divide entre los doce meses del año, para que finalmente esa doceava parte se incluya en la base liquidatoria mes a mes durante el semestre que comprende el período para calcular el monto de la pensión, acorde con lo previsto en el artículo 7° del Decreto 929 de 1976, que ordena tomar los factores devengados durante el último semestre. La razón principal de esta postura consiste en que la base liquidatoria de la pensión de jubilación la constituye el promedio de los salarios devengados durante el último semestre, por lo cual es preciso calcular la incidencia del quinquenio en el salario mensual. Si el período de causación del quinquenio como su nombre lo indica son cinco (5) años, es preciso calcular cuanto representa proporcionalmente en el salario mensual del funcionario, por lo cual la liquidación debe ser proporcional y no total. Lo anterior no desconoce la favorabilidad que ordena la Constitución y la ley, por cuanto el quinquenio no afecta en su valor total el salario mensual por ser adicional en la proporción respectiva. Por otra parte, considero que el fallo debió hacer precisiones sobre la obligación de efectuar los aportes acorde con lo señalado en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que ordena aportar sobre los mismos factores que se toman para liquidar la pensión. Esto es una regla general que cobija a todos los servidores públicos aún los sometidos a un régimen especial pensional, de modo que al momento del reconocimiento de la pensión la entidad de previsión debe efectuar los descuentos pertinentes.

[Sentencia del 11 de marzo de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2005-06131-01\(0604-07\), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

4. Situación fáctica: Solicita el pago de intereses moratorios sobre las cesantías causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 244 de 1995

a) La acción procedente para el cobro de la indemnización moratoria de cesantías es la de nulidad y restablecimiento del derecho

Las pretensiones de la demanda están encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de una indemnización moratoria con fundamento en la Ley 244 de 1995 y la actualización de los valores reconocidos por concepto del auxilio de cesantías, las cuales encuentran su causa eficiente en una relación laboral que sostuvieron con la entidad demandada. Siendo ello así, los demandantes debieron ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A.), previo agotamiento de la vía gubernativa (art. 135 ibídem), pues es la que conviene de acuerdo con la ley y los intereses presuntamente lesionados, la cual no pierde su identidad porque se diga interponer la de reparación directa que obedece a otra finalidad y tiene otras características. En esas condiciones, lo procedente es que hubiesen acudido primero ante la entidad demandada para que se pronunciara acerca de la reclamación laboral, agotando de esta forma la vía gubernativa, presupuesto indispensable para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No puede olvidarse que la fuente jurídica de las pretensiones procesales, como en este caso, debió provenir de un acto administrativo expreso o ficto y no de un hecho, una omisión, un error judicial, una operación administrativa o de la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos. Ahora bien, de observarse alguna irregularidad en la expedición de los actos que resuelven una petición, como por ejemplo una reclamación laboral, el interesado debe alegarla al interponer la acción adecuada invocando una de las causales de nulidad consagradas en el artículo 84 del C.C.A. pues, como se anotó, siempre que el particular se vea afectado por un acto administrativo, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de reparación directa, porque la única forma de restablecer el

derecho presuntamente desconocido, es la declaratoria de nulidad del acto que contiene la decisión de la administración.

b) Las cesantías causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 244 de 1995, no se les aplica los términos para constituir en mora en el pago a la administración

Si bien las normas que gobiernan el tema relacionado con el auxilio de cesantías de los servidores públicos del orden territorial (Ley 6ª/45, Decreto 2767/45, Ley 65/46 y Decreto 1160/47), no establecen un plazo para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, no implica que la administración pueda hacerlo en cualquier momento y sin consideración alguna a la finalidad para la cual fue creada esa prestación social. En efecto, en estos casos es necesario tener en cuenta que el auxilio de cesantías no sólo constituye un derecho adquirido para el servidor público sino que además tiene la connotación de un salario diferido, cuya finalidad es la de servir de sustento al ex empleado público mientras se encuentra cesante, razón por la cual tiene derecho a recibir el pago de dicha prestación social al término de la relación laboral o dentro de un plazo que pueda considerarse como razonable. Como se ha anotado en otras ocasiones, la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal no es razón suficiente para no reconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración está en la obligación de mantener disponibles los recursos económicos para atender tales obligaciones, los cuales debieron situarse de antemano por la autoridad correspondiente. Ciertamente como lo advirtió la apoderada judicial de la entidad demandada, sólo hasta el 29 de diciembre de 1995, cuando entró en vigencia la Ley 244 de ese año, fue que se vinieron a concebir unos términos perentorios no sólo para atender solicitudes en ese sentido sino para constituir a la administración en mora en el pago del auxilio de cesantías, es decir, que a partir de ese momento el legislador se ocupó de manera particular de fijar unos plazos para el pago oportuno de dicha prestación social a favor de los servidores públicos, estableciendo en consecuencia una sanción pecuniaria para las entidades obligadas a su reconocimiento y pago. Sin embargo, la misma ley concedió un plazo máximo de un (1) año para que las entidades encargadas del desembolso de las prestaciones sociales de los servidores públicos se pusieran al día en el pago de las cesantías definitivas atrasadas, sin que hubiere lugar a que durante ese término se les aplicara la sanción prevista en el parágrafo del artículo 2º, es decir, hasta el 29 de diciembre de 1996 (art. 3º ib.). Obsérvese que la citada Ley 244 de 1995 no se hizo extensiva a situaciones causadas con anterioridad a su entrada en vigencia, como para ordenarse en esos casos el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, y no puede el juez contencioso, en contravía del ordenamiento jurídico, aplicarla oficiosamente de manera retroactiva.

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección. Con aclaración de voto del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE.

*** Con Salvamento o Aclaración del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve**

c) La acción de Reparación Directa que se presentaron para el reconocimiento por mora en el pago de cesantías, antes de la unificación jurisprudencial que estableció que la acción procedente en estos casos es la nulidad y restablecimiento del derecho, debe continuar su trámite por esta vía excepcionalmente en aplicación del derecho sustancial sobre el procedimental, el acceso a la administración de justicia y la justa protección del trabajo

En punto a la acción judicial procedente para reclamar la sanción moratoria por no haberse pagado oportunamente las cesantías, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 27 de marzo de 2007 unificó el criterio jurisprudencial y señaló que “la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo.”. De igual manera, se precisó que “por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía

gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.”.Con fundamento en lo anterior considero, acogiendo el criterio unificador expresado por la Sala Plena, que en el presente caso en el que la demanda se presentó en ejercicio de la acción de reparación directa (art. 86 CCA), antes de proferirse la sentencia que unificó la tesis jurisprudencial sobre la acción procedente para reclamar la indemnización moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías, lo procedente era haber continuado el trámite procesal en segunda instancia como el de acción de reparación directa, teniendo en cuenta además, que el Tribunal Administrativo del Huila mediante la sentencia recurrida, declaró administrativamente responsable a la entidad demandada. De tal manera que, al haberse surtido el trámite bajo la senda procesal de la acción de reparación directa, la competencia en segunda instancia correspondía a la Sección Tercera de la Corporación, de acuerdo con el criterio de distribución de los negocios entre las secciones por la especialidad del asunto, según el reglamento del Consejo de Estado contenido en el Acuerdo 55 de 2003. No obstante la anterior precisión, debo señalar que, a mi juicio, la definición del presente asunto por la Sala, se justifica para este caso y de manera absolutamente excepcional, atendiendo la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, así como el derecho de acceso a la administración de justicia y la justa protección del trabajo, principios rectores que dentro de un Estado Social de derecho comportan la resolución pronta y eficaz de los conflictos sometidos a la jurisdicción.

[Sentencia del 11 de marzo de 2010, Exp. 41001-23-31-000-1998-00792-01\(0792-06\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de reparación directa.](#)

5. Situación fáctica: Establecer si los artículos 4º, 5º, 10 y 11 del Decreto 3454 de 2006, “Por el cual se reglamenta la Ley 588 de 2000” exceden la potestad reglamentaria, al establecer requisitos y condiciones para el ingreso a la carrera notarial.

Decreta la Nulidad del aparte demandado “y quienes se presenten para más de un círculo notarial” contenida en el artículo 4º del Decreto 3454 de 2006 expedido por el Gobierno Nacional.

Sobre el particular es preciso tener presente que el ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, solamente permite expedir normas que hagan posible el cumplimiento y la ejecución de las leyes, pero no permite su modificación, ampliación y restricción. De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que la norma demandada establece una restricción para el ingreso a la carrera notarial, consagrando una causal de exclusión que no se encuentra prevista en la ley reglamentada, cual es, la de presentar más de una inscripción o presentarse para más de un círculo notarial, limitación que no está señalada en la Ley 588 de 2000. Si bien el artículo 6º al referirse a las postulaciones, dispone que el aspirante “...anotará el círculo al que aspira...”, tal disposición a más de entenderse como en efecto sólo puede aspirar a un círculo, de ella no se deriva la consecuencia que el Decreto reglamentario le atribuye, cual es la de eliminar del concurso a quien por alguna razón aspire a más de un círculo notarial, bien hubiera podido la norma demandada, establecer un resultado menos gravoso para el aspirante. En consecuencia, prospera el cargo y la expresión demandada debe ser declarada nula. En tal caso el aparte demandado está afectado por el exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria, al darle a la inscripción un carácter eliminatorio, sin permitir al aspirante siquiera acreditar el cumplimiento de los requisitos, pues el solo hecho de presentar dos inscripciones lo excluye del concurso. Razón de más para excluir del ordenamiento jurídico el aparte acusado. A lo anterior se agrega que, al impedir la participación en el concurso de quienes presenten su aplicación para más de un círculo notarial vulnera el numeral 7º del artículo 40 y el inciso 3º del artículo 126 de la Constitución Política que disponen.

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

[Sentencia del 11 de marzo de 2010, Exp. 1101-03-25-000-2007-00031-00\(0635-07\), M.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Acción de nulidad.](#)

6. Se declara la nulidad del Acuerdo PSAA06-3536 de 2006 por el cual se exige el requisito del idioma inglés para la confirmación en el cargo de los jueces y magistrados que conforman la lista de elegibles en San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por vulnerar el principio confianza legítima al no encontrarse dentro de los requisitos señalados en la convocatoria al concurso de méritos y adicionalmente no exigir el inglés nativo o dialecto creole que establece la ley 47 de 1993

Situación fáctica: se solicita la nulidad del Acuerdo PSAA06-3536 que determina el procedimiento de verificación del cumplimiento del idioma inglés para los integrantes de la lista de elegibles para el cargo de juez o magistrado en el Departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Si en el acto de convocatoria no se hizo alusión a la exigencia del dominio del idioma inglés como condición para acceder a uno de los cargos en el territorio insular, ese requisito no podía aparecer súbitamente a lo largo del proceso de selección. Es decir, los participantes confiaron en las señales que emitió la Administración relativas a que la satisfacción de los requisitos enunciados en la convocatoria era suficiente para acceder a los cargos ofrecidos. El principio de confianza legítima que tiene fundamento en el artículo 83 de la Constitución, que privilegia la creencia del ciudadano en que la Administración, por su posición dominante exige lo que es necesario y nada más de lo necesario en suma, la administración impone las condiciones al ciudadano y lo limita según signos objetivos. En conclusión, el concursante válidamente pudo entender que en la convocatoria estaban fijados todos y cada uno de los requisitos, sin faltar ninguno, para plantear una aspiración a cargos en la Rama Judicial. exigir la acreditación de la suficiencia en el conocimiento del idioma inglés, para obtener la confirmación en el cargo, como lo dispuso el artículo primero del Acuerdo No. PSAA06-3536 de 2006, implica un cambio de las posibilidades de quienes antes de la expedición del Acuerdo fueron elegidos como funcionarios para el Departamento, Archipiélago, San Andrés, Providencia y Santa Catalina, pues ante la imposibilidad de acreditar ese requisito, inexistente hasta entonces, por no ser parte de la convocatoria, su destino sería la revocatoria del acto de nombramiento y la reducción de las posibilidades de elección en una sede distinta. Igualmente se presenta exceso de la potestad reglamentaria del Consejo Superior de la Judicatura, pues el mandato de la Ley 47 de 1993, no se cumplen exigiendo a los concursantes a cargos judiciales, el conocimiento del idioma Inglés que se habla en los Estados Unidos y otros países, pues la ley buscaba proteger la cultura, la identidad y las prácticas raizales, en este caso radicadas en el uso de lengua nativa, el dialecto creole y no el inglés que se valora con las pruebas TOEFL.

[Sentencia de 8 de abril de 2010, Exp. No 11001-03-25-000-2009-00113-00 \(1570-2009\), MP. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILLA . Acción de nulidad](#)

7. Se ordena el ascenso póstumo de suboficial de la Policía Nacional por acto meritorio del servicio al realizar operativo de inteligencia en condiciones de excepcional riesgo, por no contar con el mínimo de medidas de seguridad destinadas a salvaguardar su vida e integridad física

Situación fáctica: Se solicita el reconocimiento del ascenso póstumo y demás prestaciones originadas con ocasión de la muerte de suboficial, por considerar que ocurrió en actos especiales o meritorios del servicio.

De acuerdo con lo probado en el proceso se advierte que al Suboficial se le ordenó verificar la existencia de una supuesta banda delincriminal únicamente acompañado de una patrullera, siendo previsible el riesgo al que se enfrentaba. Estima la Sala que, es deber del Estado la utilización

adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir sus cometidos constitucionales en este caso, la salvaguarda de la honra y bienes de todas las personas. No obstante lo anterior, ese deber de protección que tiene el Estado frente a todos los ciudadanos, también se predica respecto de quienes, como se dijo, desarrollan esa trascendental tarea, estos son, los miembros y agentes de la fuerza pública, en razón a los constantes riegos y peligros a los que se enfrentan en cumplimiento de su misión constitucional y legal. Así las cosas, a juicio de la Sala, el hecho de que el Suboficial hubiera llevado a cabo la labor de inteligencia asignada por la Dirección de la DIJIN, sin contar con un mínimo de medidas de protección y seguridad destinadas a salvaguardar su integridad física, facilitó el accionar de los delincuentes que atentaron y pusieron fin a su vida. De acuerdo con lo antes expuesto, para la Sala resulta indiscutible el grave e inminente peligro al que se vio expuesto al ejecutar la tarea de investigación e inteligencia asignada por la Dirección de la Policía Judicial DIJIN, en condiciones de excepcional riesgo, así como el hecho de que en ningún momento contó con la protección suficiente para enfrentar la amenaza que suponía el verificar la existencia de un “desguazadero de vehículos”, lo que de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 165 del Decreto 1212 de 1990 constituyó un acto meritorio del servicio, por lo que reordena el ascenso póstumo al grado inmediatamente superior.

[Sentencia de 8 de abril de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2002-10683-01 \(0816-2009\), MP. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

8. La jornada laboral en ejercicio de ius variandi puede ser modificada por la administración, si no afecta aspectos estructurales de la relación laboral ni vulnera la esfera privada del trabajador y la intangibilidad del ocio.

Situación fáctica: Establecer si el incumplimiento de la jornada laboral por parte del empleado cuando ha sido modificada unilateralmente por la administración es una conducta justificable.

El ejercicio unilateral del ius variandi, por regla general, sólo es posible cuando se refiere a elementos accidentales de la relación, siempre que la modificación sea funcional y no dañe al trabajador, por ende, si el cambio se refiere a aspectos estructurales de la relación que el empleador (llámese también Administración) en principio no puede proceder unilateralmente a modificarlos, lo único que resulta procedente modificar son los aspectos coyunturales o accidentales de la relación. El servidor público se vincula al servicio por una relación legal y reglamentaria, en lugar, en un horario y por una remuneración establecida, teniendo derecho a permanecer en tales condiciones y, en lo que se refiere al tiempo libre se tiene que este lo ha organizado y, por ello, en principio, debe justificarse la modificación unilateral de este aspecto. La jornada asignada a la demandante no excede la jornada máxima fijada por el legislador, contenida en los Decretos 2400 de 1968 y 1042 de 1978, en concordancia con el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, que fijaron un límite máximo semanal de cuarenta y cuatro (44) horas para la jornada laboral, dentro del cual el jefe del organismo puede establecer el horario de trabajo o los tratados internacionales proferidos por la OIT y ratificados por Colombia. En el presente asunto, observa la Sala que la modificación unilateral del horario no excede lo estructural de la relación laboral ni invade injustificadamente la esfera de privacidad del trabajador ni la "intangibilidad de su ocio", por ende, no alteró las formas y modalidades de la labor asignada, simplemente, se le exigió a la demandante que se adecuara a la jornada laboral legal fijada para los empleados públicos que laboran en esa entidad. El ejercicio de la facultad de modificar las condiciones de prestación de las tareas subordinadas por parte del empleador, así sea un empleado público, cuando se las encauza dentro de los límites admitidos por la ley, se constituye en una alternativa normal del cumplimiento de la relación laboral, que fue lo que ocurrió en el presente asunto.

[Sentencia de 8 de abril de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2000-06789-01 \(5288-2005\), MP. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Acción de nulidad y restablecimiento](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Consejo de Estado inaplica disposición que exigía conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en acciones de repetición

La Sección Tercera del Consejo de Estado dispuso la inaplicación, por ilegalidad, del párrafo 4 del artículo 2 del Decreto Reglamentario 1716 de 2009, por virtud del cual se hizo extensivo el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial a las acciones de repetición. A juicio de la Sala, la disposición mencionada excede sus facultades al ampliar los efectos de la Ley 1285 de 2009 a la acción de repetición, pues dicha ley, en su artículo 13, determinó en forma taxativa ese requisito de procedibilidad frente a las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y de controversias contractuales, amén de que el párrafo 1° del artículo 37 de la Ley 640 de 2001, dispone expresamente que el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial no se aplica a esa clase de acción (de repetición).

[Auto del 3 de marzo de 2010. Exp. 27001-23-31-000-2009-00198-01 \(37.765\) M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN DE REPETICIÓN.](#)

2. Salvedades a la liquidación del contrato aplican frente a las partes cocontratantes

La jurisprudencia de la Corporación ha sostenido, en forma pacífica, que constituye requisito para la prosperidad de las pretensiones de la acción contractual, la existencia expresa y escrita de las inconformidades dentro del acta de liquidación bilateral del contrato. Tal criterio ha sido aplicado tanto en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983, como de la Ley 80 de 1993 y actualmente por disposición expresa del artículo 11 de la ley 1150 de 2007, el cual simplemente recogió la construcción que durante muchos años hizo el juez administrativo respecto de tal criterio; sin embargo, precisó la Sala, que el inciso final del referido artículo 11 dispone que la parte que tiene derecho a efectuar las salvedades, en el acta de liquidación bilateral, es sólo el contratista, cuestión que resulta insuficiente y, por tanto, la disposición debe entenderse en el sentido de que tal derecho también le asiste a la parte contratante.

[Sentencia de 14 de abril de 2010. Exp. 05001-23-26-000-1990-00842-01 \(17.322\) M.P.: ENRIQUE GIL BOTERO. ACCIÓN CONTRACTUAL.](#)

3. Acciones procedentes para solicitar la indemnización de perjuicios derivados de la revocatoria directa del acto que resulta del silencio administrativo positivo

La Sala precisó que el beneficiario de una decisión presunta resultante del silencio administrativo positivo que pretenda la indemnización de perjuicios causados por la revocatoria directa de dicho acto ficto, puede acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: i) a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando lo que pretenda sea desvirtuar la presunción de legalidad del acto revocatorio, o ii) mediante la acción de reparación directa, cuando lo que persiga no sea la declaratoria de nulidad del acto de revocación directa, sino los perjuicios que tal revocatoria le hubiere ocasionado, en cuanto hubiere actuado de buena fe. En todo caso, cualquiera sea la acción que se invoque, el beneficiario deberá acreditar los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, es decir, la ocurrencia del daño antijurídico, la imputación del daño a la acción u omisión a la Autoridad Pública y el nexo de causalidad existente entre el daño y la imputación.

[Auto del 12 de mayo de 2010. Exp. 25000-23-26-000-2009-00077-01 \(37.446\) M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

4. Acción procedente para obtener la indemnización de perjuicios derivados de un acto que ejecuta una operación administrativa

La Sección Tercera de la Corporación precisó que si bien la acción de reparación directa es la idónea para obtener la indemnización de los perjuicios causados con una operación administrativa (art. 86 del C.C.A.), lo cierto es que tal operación debe constituir la fuente directa del daño, pues si éste último tiene su génesis en el acto que ejecuta la operación administrativa, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho.

[Sentencia de 14 de abril de 2010. Exp. 25000-23-26-000-1992-08151-01 \(17.311\). M.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.](#)

5. La inexistencia de la cláusula compromisoria y del laudo arbitral

Al resolver un recurso extraordinario de anulación interpuesto contra un laudo arbitral proferido para dirimir las controversias surgidas en relación con un contrato de obra celebrado el 22 de diciembre de 2003 por la Unión Temporal MAVIG - DEPROCON y el Distrito Capital de Bogotá, la Sección Tercera del Consejo de Estado abordó el tema relacionado con la existencia, o no, del pacto arbitral y de sus elementos esenciales. En el caso en concreto, la Sala consideró que “la cláusula compromisoria” pactada entre las partes era inexistente -por carencia de objeto-, toda vez que tal estipulación no contenía una decisión clara, inequívoca y vinculante de someter las diferencias que llegaren a surgir entre los contratantes al juzgamiento de un Tribunal de Arbitramento, pues lo pactado se limitó a prever hacia el futuro la constitución del arbitraje para tal efecto. Precisó la Sala que cuando la cláusula carece de uno de sus elementos esenciales -en este caso de objeto- para ser considerado como un verdadero pacto arbitral, éste en realidad no existe o, lo que es lo mismo, debe tenerse como inexistente para el mundo jurídico y, por ende, el laudo que se profiera es igualmente inexistente. Agregó, además, que la promesa de pacto arbitral no resulta aplicable en el régimen legal del arbitramento.

[Sentencia del 17 de marzo de 2010. Exp. 11001-03-26-000-2009-00032-00 \(36.537\) M.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ \(E\). RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.](#)

SECCIÓN CUARTA

1. La comisión de Sodexho Pass no es una expensa necesaria al no tener relación de causalidad porque no se trata de un pago por concepto de alimentación sino de una comisión que no es un gasto necesario

Se decide si para el descuento del IVA generado en operaciones con no residentes o no domiciliados en Colombia se requiere el contrato celebrado entre las partes y, si los impuestos descontables por conceptos de cuotas de afiliación y sostenimiento a clubes, alojamiento de ejecutivos, etc., constituyen costo o gasto para la actora.

Extracto: En materia tributaria las expensas necesarias corresponden a los gastos que se generan de manera forzosa en la actividad productora de renta, de manera que sin tales gastos no se puede obtener la renta. Son indispensables aunque no sean permanentes sino esporádicos. Como lo exige el artículo 107 citado, lo esencial es que el gasto sea “normalmente acostumbrado en cada actividad”, lo que excluye que se trate de gastos simplemente suntuarios, innecesarios o superfluos, o meramente útiles o convenientes. La Sala ha reiterado que la relación de causalidad significa que los gastos, erogaciones o simplemente salida de recursos del contribuyente, deben guardar una relación causal, de origen -efecto, con la actividad u ocupación que le genera la renta al contribuyente. Esa relación, vínculo o correspondencia debe establecerse entre la expensa (costo o gasto) y la actividad que desarrolla el objeto social (principal o secundario) pero que en todo caso le produce la renta, de manera que sin aquella no es posible obtenerla y que en términos de otras áreas del derecho se conoce como nexo causal o relación causa - efecto. En este caso, los conceptos cuyo IVA descontable solicitó la actora, como cuotas de afiliación a clubes sociales, cursos de cocina francesa, alojamiento, lavandería, alimentación y bebidas de empleados y ejecutivos de la compañía, así como el pago de la comisión por medio de Sodexho Pass carecen de relación causal con la renta y no son necesarios para el desarrollo normal del objeto social (exploración y explotación de petróleo). Si bien, para otros contribuyentes esos pagos podrían ser expensas necesarias, para el caso de la actora, esa relación causal y necesidad no se da. En relación con el pago con Sodexho Pass por concepto de comisión por la expedición de tiquetes de alimentación para sus empleados, la Sala no advierte tampoco esa relación de causalidad porque no se trata un pago por concepto de alimentación sino de comisión que no es un gasto necesario en los términos que se dejó expuesto.

[Sentencia de 15 de abril de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2006-00792-01 \(16818\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

2. El acuerdo conciliatorio deja sin efectos la liquidación oficial de revisión en las partes que se haya conciliado

Se determina si conforme alega la sociedad apelante no es posible en este caso imponer a la demandante una sanción por improcedencia de la compensación del saldo a favor que pretendió modificar la Administración, puesto que a su juicio, finalmente la disputa en torno a la legalidad del acto administrativo culminó por conciliación y no mediante confirmación sobre la legalidad o ilegalidad del acto administrativo que modificó el saldo a favor, requisito esencial para que pueda imponerse la sanción por devolución improcedente.

Extracto: El acuerdo conciliatorio presta mérito ejecutivo de conformidad con lo señalado en los artículos 828 y 829 del Estatuto Tributario, y hace tránsito a cosa juzgada. La misma norma dispuso que lo no previsto se regulará conforme a la Ley 446 de 1998 y el Código Contencioso Administrativo, con excepción de las normas que le sean contrarias. Consta en el proceso que la actora demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la nulidad de la liquidación oficial de revisión a que se ha hecho referencia y de la resolución que la modificó, estando el proceso en curso de la segunda instancia fue objeto de conciliación, en los términos previstos en la citada disposición. Según el acuerdo conciliatorio y el auto de 18 de octubre de 2007, a través del cual se aprobó la conciliación, los valores conciliados equivalen al valor total de las sanciones e intereses causados hasta la fecha de la conciliación. Para el efecto la sociedad demandante pagó el 100% del mayor impuesto en discusión. Por disponerlo así el legislador, el acuerdo conciliatorio ante la jurisdicción contencioso administrativa, produce la terminación del proceso en lo conciliado por las partes (Ley 446/98 art. 104), presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada (Ley 1111/06 art. 55). Es decir que, la conciliación deja sin efectos jurídicos los aspectos contenidos en la liquidación oficial de revisión, respecto de los cuales se haya conciliado y, en consecuencia, no es exigible la respectiva sanción por inexactitud, así como los intereses causados hasta el 18 de octubre de 2007, fecha de aprobación del acuerdo conciliatorio. Lo anterior significa que el acuerdo conciliatorio afecta la ejecutoria de la liquidación oficial de revisión, en los valores objeto de conciliación.

[Sentencia de 15 de abril de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2007-00084-01 \(17158\). M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

3. a) El otorgamiento de poder por parte de una entidad pública no implica una subdelegación de las funciones administrativas

La Sala decide sobre la legalidad de las resoluciones por medio de las cuales la DIAN reconoció y ordenó devolver al patrimonio autónomo, el saldo a favor de las declaraciones del impuesto sobre las ventas de los bimestres cuarto, quinto y sexto de 2000 presentadas por ésta.

Extracto: El artículo 63 del Código de Procedimiento Civil establece el derecho de postulación y señala que las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permite su intervención directa. Por su parte, el artículo 151 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto a comparecencia de las entidades públicas en los procesos contencioso administrativos, consagra que las entidades públicas deberán estar representadas mediante abogado titulado e inscrito en los procesos en que intervengan como demandantes, demandados o terceros. Los abogados vinculados a las entidades públicas pueden representarlas en los procesos contencioso administrativos mediante poder otorgado en la forma ordinaria o manifestación expresa en el momento de la notificación personal. Conforme a lo anterior, está probado en el proceso que la Administradora Especial de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá de la DIAN, en virtud de la delegación conferida a través del artículo 13 de la resolución 0164 de 9 de agosto de 1999, otorgó poder a una abogada para que presentara demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos de devolución de los saldos a favor de las declaraciones de IVA por los bimestres 4, 5 y 6 de 2000 a Patrimonios Autónomos Fiduciaria Colpatria S.A. A juicio de la Sala, el ejercicio de la delegación por parte de la Administradora de Impuestos se ajustó a derecho, pues el otorgamiento del poder no significa una subdelegación de sus funciones administrativas, ya que, como se mencionó la delegación en la Administradora para presentar la demanda y representarla procesalmente, confiere una serie de facultades que incluye la de otorgar poder a un abogado, para su comparecencia.

b) No se puede rechazar la solicitud de devolución de saldo a favor de los patrimonios autónomos al no inscribirse en el Registro Nacional de Exportadores si no tienen la calidad de exportadores

Extracto: Cabe precisar que el mandato sin representación que ejercía Lloreda S.A., no lo convertía en exportador de los bienes del Patrimonio Autónomo, porque los efectos del mandato sin representación son frente a terceros y no frente a la propia realidad de la exportación o a la calidad de las partes mandante y mandatario. Ahora bien, aunque el Patrimonio Autónomo fue el exportador, en este caso, no puede considerarse como un exportador propiamente dicho, porque el fideicomiso se constituyó, no para exportar, sino para administrar los recursos provenientes de la venta de los productos terminados y servir de fuente de pago para los acreedores del fideicomitente. Cosa distinta es que para cumplir ese objeto, el Patrimonio Autónomo pudiera, ocasionalmente y si fuera necesario, exportar productos y materias primas nacionales. No sobra advertir que el Patrimonio Autónomo Fiduciaria Colpatria S.A. Lloreda 3, como cualquier patrimonio autónomo, esto es, sin personería jurídica, adquirió los bienes transferidos por el fideicomitente y los exportó a través de la Fiduciaria Colpatria S.A., como vocera de aquél. En tal sentido, a través de la Fiduciaria, como su vocera, el Patrimonio Autónomo presentó las declaraciones de exportación e IVA por los bimestres 4, 5 y 6 de 2000 y solicitó la devolución de los saldos a favor que ellas arrojaron, para cuyo efecto, usó el NIT asignado por la DIAN. En consecuencia, el Patrimonio Autónomo era el beneficiario de la exención, con derecho a devolución (artículos 850 y 481 literal a) del E.T.). Como no existe duda de que el Patrimonio Autónomo era el exportador, se encontraba legitimado para pedir la devolución de los saldos a favor de las declaraciones de IVA de los bimestres 4, 5 y 6 de 2000 y tenía derecho a obtenerla, como en efecto lo decidió la DIAN, mediante las resoluciones demandadas. Y,

por cuanto no es un exportador propiamente dicho, la DIAN no puede ahora pretender que se anulen las resoluciones que ordenaron la devolución por la falta del registro nacional de exportadores, pues, se insiste, dicho registro solamente es exigible a los exportadores propiamente dichos. Por lo demás, no puede desconocerse la realidad de los hechos, es decir, que el Patrimonio Autónomo, a través de su vocera, exportó unos bienes corporales muebles en desarrollo de un contrato de fiducia de administración y pagos y, por lo tanto, debía declarar el IVA derivado de esas operaciones y, de manera correlativa, tenía el derecho a pedir y obtener la devolución del tributo.

[Sentencia de 15 de abril de 2010. Exp. 73001-23-31-000-2002-91637-01\(16445\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA \(E\). Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

4. a) Las entidades territoriales pueden fijar los elementos del tributo dentro de los parámetros establecidos en la ley

Se determina si se ajustan a derecho los artículos 309 a 315 del Acuerdo 29 de 2005, relativos al tributo denominado “derecho de pesas y medidas (almotacén)”. No hará pronunciamiento alguno respecto de los artículos 316 a 318 ibídem, normas que no fueron anuladas por el *a quo*, pues, en tal aspecto la sentencia favorece al Municipio, que es apelante único.

Extracto: El artículo 338 de la Constitución Política prevé que en tiempo de paz, solo el Congreso, las asambleas y los concejos pueden imponer contribuciones fiscales o parafiscales. También dispone que la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. La norma en mención debe interpretarse en armonía con los artículos 1, 150 [num. 12], 287 [num. 3], 300 [num. 4] y 313 [num. 4] de la Carta Política. Lo anterior significa que el poder tributario del Congreso se encuentra sujeto a la Constitución y que la potestad tributaria de las asambleas departamentales y de los concejos municipales y distritales se encuentra subordinada tanto a la Constitución como a la ley, por lo que su autonomía en materia tributaria es limitada. En reciente decisión, la Sala rectificó su criterio y precisó que las asambleas y los concejos pueden fijar directamente los elementos esenciales de los tributos locales, siempre que los tributos hayan sido creados por el legislador o autorizados por él, pues, se insiste, su autonomía tributaria no es ilimitada, dado que, en todo caso, debe mediar la intervención del legislador. Así, retomó los planteamientos generales expuestos por la Sección sobre la potestad impositiva de las entidades territoriales. En la misma línea, la Corte Constitucional recientemente precisó que las asambleas y los concejos pueden determinar los elementos de la obligación tributaria, siempre que el legislador haya fijado como “parámetros mínimos” la autorización del gravamen y la delimitación del hecho gravado.(REITERACION)

b) El derecho de pesas y medidas no es un tributo sino una facultad de control para las personas que usen en sus actividades comerciales instrumentos para pesar y medir

Extracto: El Concejo de Floridablanca señaló que la creación del tributo denominado derecho de pesas y medidas (almotacén) se encuentra autorizado por las Leyes 20 de 1908 y 20 de 1946. Al respecto, las Leyes 20 de 1908 y 20 de 1946 no hacen referencia alguna al impuesto de pesas y medidas ni a ningún tributo; mucho menos constituyen una autorización para su creación. La Ley 20 de 1908 señala lineamientos generales de la organización y financiación de los departamentos y los municipios. En ningún momento dicha ley estableció o mencionó el tributo de almotacén. Dicha ley fue derogada expresamente por el artículo 340 de la Ley 4 de 1913, que, a su vez, en su artículo 169 [num. 2] previó que los concejos municipales pueden imponer contribuciones para el servicio municipal, pero dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas. En consecuencia, la referida Ley 20 de 1908 no podía servir de sustento al acto demandado, puesto que ni siquiera estaba vigente cuando este se expidió. La norma en mención se refirió al almotacén como un derecho, entendido como el cobro por el control oficial de pesas y medidas, no como un impuesto. Según las normas transcritas, no es posible el desarrollo del impuesto de pesas y medidas en los términos en que lo realizó el acuerdo municipal cuestionado. Dicha norma no enmarca ningún tipo de tributo,

simplemente se refiere a una facultad de control a las personas que usen en sus actividades comerciales, instrumentos para pesar y medir. En consecuencia, se confirma la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad de los artículos 309 a 315 del Acuerdo 029 de 2005 del Concejo de Floridablanca.

[Sentencia de 15 de abril de 2010. Exp. 68001-23-31-000-2006-3359-01\(17681\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA\(E\). Acción de nulidad](#)

5. La certificación expedida por el Ministerio de Comercio Exterior no es sustento para clasificar arancelariamente un producto

Extracto: Se observa que la certificación no puede servir de sustento para clasificar el producto “COOKIE MEAL” en la partida arancelaria que allí se indica, por cuanto lo que certificó dicha entidad fue que no existía “Producción Nacional”, es decir que en el país no se producía ningún elemento de nombre “Cookie Meal - Alimento para cerdos” que estuviera ubicado, o pudiera ubicarse en la posición arancelaria 19.05.90.00.00. La enunciada constancia no podía propiciar un error en su interpretación ya que su único objeto era certificar la no producción nacional de un producto con esas características, pero no estaba suministrando ninguna subpartida para el producto que fue importado. En criterio de la Sala, la DIAN es la única autoridad competente para definir la clasificación arancelaria de un producto, razón por la cual y en este caso, no puede el administrado sustentar su actuación en un pronunciamiento del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, pues además de no ser la entidad competente, no tenía por finalidad definir la clasificación arancelaria del producto, por lo que, en tales condiciones, carece de sustento jurídico alegar la vulneración de la confianza legítima. En conclusión, no asiste razón a la recurrente en mantener la clasificación arancelaria con la que declaró el producto “COOKIE MEAL” en la declaración de importación y que fue objeto de corrección por la Administración mediante los actos acusados.

[Sentencia de 15 de abril de 2010. Exp. 76001-23-31-000-2004-02629-01\(17319\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho \(Reiteración\)](#)

6. El oficio mediante el cual la entidad pública informa que no es competente para conocer de la solicitud de devolución no es un acto administrativo

Se estudia si los actos demandados en los que se decide sobre la petición de COMCEL en la que solicita la devolución de los pagos retenidos en exceso por el Ministerio de Comunicaciones por concepto del impuesto de timbre, incluidos intereses y sanciones son susceptibles de control judicial.

Extracto: De acuerdo con lo anterior, la Sala observa, al igual que lo hizo el Tribunal, que en los actos administrativos demandados la DIAN no se pronunció en relación con la procedibilidad o no de la devolución del impuesto de timbre solicitado por la demandante. La Administración Tributaria se limitó a señalar que no era competente para conocer de la solicitud de devolución de pagos en exceso del impuesto de timbre, pues en su criterio, ello correspondía al agente retenedor que era el Ministerio de Comunicaciones. Precisado lo anterior, se observa que en el *sub examine*, los actos demandados no crean, modifican ni extinguen una situación jurídica particular de la demandante, como tampoco, ponen fin a la actuación administrativa iniciada por la actora con ocasión de su solicitud de devolución, que sea susceptible de ser demandada ante esta jurisdicción. A juicio de la Sala, a través de los actos acusados, la demandada simplemente le indica a COMCEL ante quién deben presentar la solicitud y el procedimiento para ello, es decir, que no decidió directa o indirectamente el fondo del asunto. Tampoco, la información suministrada por la DIAN hizo imposible continuar con la actuación, ni es un medio para que se produzca un acto definitivo. Es claro entonces, que el Oficio y las Resoluciones demandadas no pueden considerarse como una negativa ni como una decisión definitiva de la DIAN, por ello mismo no son actos administrativos

sujetos al control jurisdiccional, porque no crean, modifican o extinguen una situación jurídica particular.

[Sentencia de 15 de abril de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2007-90073-01 \(17163\). M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

7. a) El Gobierno no tenía facultad para establecer el nivel mínimo del factor de aporte solidario para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo

Se decide la acción pública de nulidad contra los artículos 3, 5 (inciso 1 y párrafo 1) y 7 del Decreto 057 de 2006 por el cual se establecen unas reglas para la aplicación del factor de aporte solidario para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo y contra el artículo 2 del Decreto 2825 de 2006 que modificó el artículo 7 del Decreto 057 de 2006. Concretamente, la Sala debe analizar si el Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria y si violó el principio de legalidad de los tributos.

Extracto: El Decreto demandado fue expedido en virtud de la facultad de establecer la metodología para la determinación de ese equilibrio, conforme al artículo 2 de la citada Ley. Entonces cabe preguntar si corresponde a esa metodología que el Gobierno haya establecido, mediante la norma demandada, que para cada uno de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, el nivel mínimo del factor de aporte solidario a que hace referencia el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994, será el siguiente: La respuesta claramente es negativa. Si bien el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 dispuso que debía lograrse y mantenerse un equilibrio entre el monto de las contribuciones y los subsidios mediante el ajuste del porcentaje que fuera necesario, dicho ajuste y, por ende, el equilibrio debían determinarse por una metodología que establecería el Gobierno Nacional. Sin embargo, el Gobierno, mediante la norma demandada, ajustó directamente el nivel mínimo del factor sin estar facultado para ello. Conforme a las normas legales invocadas, al Gobierno le correspondía establecer una metodología, esto es, un conjunto de métodos o procedimientos, para calcular el ajuste al porcentaje del factor con el fin de lograr y mantener el equilibrio entre las contribuciones y los subsidios, pero no le correspondía ajustar directamente ese porcentaje. Cuando el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política señala que el Presidente de la República debe ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, atiende al principio de “necesidad” y excluye la posibilidad de establecer disposiciones nuevas o exceder el alcance de la Ley. En este caso lo excedió, como quedó visto. Además, no debe perderse de vista que el “factor” es un impuesto para cuyo establecimiento debe respetarse el principio de legalidad tributaria, conforme al cual, corresponde al Congreso de la República establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente contribuciones parafiscales, en las condiciones que establezca la Ley (150 -12 C.P.).

b) Las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal deben cubrir la diferencia de los subsidios que se otorgan a los usuarios de servicios públicos

Extracto: La Constitución Política y la ley prevén un beneficio para los usuarios de servicios públicos de menores recursos, consistente en el pago subsidiado de las tarifas, de manera parcial, de sus consumos básicos. Este subsidio se financia: una parte con la tributación que recae sobre un sector de la población (factor) y el resto con cargo a otros recursos presupuestales de las entidades públicas. Estos subsidios tienen su origen constitucional en el artículo 368 según el cual la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas. Legalmente esta disposición tiene desarrollo en el artículo 89.8 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 7 de la Ley 632 de 2000 que dispone que en el evento de que los “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos” no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, la diferencia será

cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal. Lo anterior no obsta para que la Nación y las entidades territoriales puedan canalizar, en cualquier tiempo, a través de estos fondos, los recursos que deseen asignar a subsidios. En estos casos el aporte de la Nación o de las entidades territoriales al pago de los subsidios no podrá ser inferior al 50% del valor de los mismos. Como se observa, es clara la norma legal cuando señala que las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal deben cubrir la diferencia de los subsidios que no se pudieron cubrir con los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos. El Ejecutivo excedió su facultad reglamentaria cuando dispuso que esa diferencia sería cubierta por las personas públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de agua, alcantarillado y aseo. De aceptarse la distinción que efectúa el reglamento implicaría considerar que en aquellos municipios donde no existan personas públicas prestadoras de los mencionados servicios públicos, no habría lugar a cubrir ese déficit en la medida en que eliminó la obligación a cargo del municipio de recurrir a su propio presupuesto para tal fin. Declara la nulidad de los artículos 3 y 7 del Decreto 057 del 12 de enero de 2006 y del artículo 2 del Decreto 2825 del 23 de agosto de 2006 y de las expresiones “superiores al mínimo señalado en el artículo 3º del presente decreto” y “el mayor porcentaje entre el nivel mínimo establecido en el artículo 3º del presente decreto y” contenidas, respectivamente, en el inciso primero y en el párrafo primero del artículo 5 del Decreto 057 del 12 de enero de 2006 expedido por el Gobierno Nacional - Ministerio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

[Sentencia de 25 de marzo de 2010. Exp. 11001-03-27-000-2006-00025-00 \(16078\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad](#)

8. La DIAN debe valorar las pruebas aportadas por el contribuyente y si hay lugar a ello controvertir la presunción de veracidad de la declaración, caso en el cual se invierte la carga de la prueba

Se decide sobre la legalidad de los actos que modificaron la declaración de renta, en concreto se analiza la presunción de veracidad de la declaración privada de los contribuyentes, la facultad comprobatoria de las autoridades tributarias, la actividad demostrativa del contribuyente y la valoración de la prueba.

Extracto: La actividad de valoración se debe manifestar en los actos administrativos que se expiden dentro de la actuación administrativa de determinación del tributo o de imposición de sanción, porque en esos actos administrativos o en las actas que formen parte de éstos (actas de inspección tributaria y contable) se deben plasmar las razones en que se sustenta la decisión y, por supuesto, esas razones se fundamentan, en la mayoría de los casos, en la valoración de la prueba que se recauda y practica de oficio o a petición de parte. De ahí que al contribuyente le corresponde controvertirla. En esa actividad de defensa, el contribuyente también ejerce una suerte de valoración de la prueba, en la medida que el ejercicio de contradicción de la prueba amerita su análisis para desvirtuar las conclusiones a las que arribó la autoridad tributaria. En consecuencia, la labor tanto de la administración como del contribuyente no debe ni puede ser pacífica, pues de su actividad dependerá la prosperidad del caso a favor de una de las partes en tanto logre convencer al juez de la causa, con fundamento en las pruebas practicadas. Ahora bien, no obstante que la demandante, cuando contestó el requerimiento, aparte de admitir el ingreso por ventas nacionales y de exportación, no hizo un análisis pormenorizado de los rubros que arrojaron la cifra que declaró, para la Sala es claro que la actividad de la DIAN no tuvo la virtud de levantar la presunción de veracidad de la declaración de la demandante y, por lo tanto, la carga de la prueba no se invirtió, como lo argumentó la DIAN en el recurso de apelación. Para la Sala, el sólo hecho de haber determinado la glosa mediante la sumatoria de cifras en pesos y dólares era suficiente para que la DIAN enmendara su error, pero no lo hizo. En efecto, la DIAN no tuvo la precaución de verificar que la certificación del revisor fiscal que la demandante entregó en calidad de prueba, con ocasión del recurso de reconsideración, cumplía los requisitos legales, para tenerla como tal. (Art. 777 E.T)

[Sentencia de 15 de abril de 2010. Exp. 25000-23-27-000-2002-01276-02 \(16571\). M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

SECCIÓN QUINTA

1. Se niega nulidad de elección de delegado de la Registraduría Nacional del Estado Civil: De las irregularidades denunciadas por el actor en el proceso de selección, algunas no se probaron y otras fueron insustanciales

El señor Gerardo Nossa Montoya demandó el nombramiento de Gabriel Cortés López como delegado departamental de la Sede Central de la Registraduría Nacional del Estado Civil. En su demanda, atribuía al acto demandado la causal de nulidad de expedición irregular por las supuestas irregularidades del proceso de selección, a saber: a) indebida formulación y aplicación de la metodología establecida en la convocatoria, b) falta de aplicación de los artículos 47 y 48 del C.C.A. porque en algunas decisiones intermedias la Registraduría no anunció los recursos procedentes, c) exigencia de legalización de títulos profesionales a pesar de que no era un requisito y d) manipulación del software de calificación. También alegó violación del derecho a la igualdad porque, según afirmó, los participantes iniciaron una prueba a distintas horas y, finalmente, solicitó tener en cuenta un fallo de tutela que ordenaba a la Registraduría su readmisión en el concurso.

La Sala desestimó todos los cargos, pero antes de exponer las razones, se refirió al alcance de la intervención de terceros en el proceso electoral, que venía al caso a propósito del escrito de uno de los intervinientes.

a) Alcance de la intervención de terceros en el proceso electoral: restricciones materiales o sustanciales y procesales

“Quiénes así concurren al proceso experimentan una doble limitación a su derecho a intervenir en este tipo de acciones constitucionales. De una parte, se tienen las restricciones de orden material o sustancial, relativas al alcance mismo de esa intervención, en atención a que coadyuvar es “Contribuir, asistir o ayudar a la consecución de algo”, propósito en el cual quedan sometidos al entorno del debate jurídico fijado por los contendientes procesales, de modo que entratándose de aquél que como tercero asiste para avalar la pretensión anulatoria, no le está permitido introducir modificación alguna a la demanda, bien sea en su petitum, en su objeto o en su causa, puesto que el derecho de reforma a la demanda es propio de quien acciona; sólo se concibe tal posibilidad a través de la formulación de su propia demanda por parte del coadyuvante, siempre que lo haga dentro de los precisos términos establecidos para que opere la caducidad de la acción. (...) Y, en segundo lugar, existen las restricciones de orden procesal, alusivas a las limitaciones establecidas por el principio de eventualidad o de preclusión, que llevan a afirmar que los terceros intervinientes únicamente podrán hacer aquello en lo que la respectiva oportunidad procesal no haya expirado. Esto va desde la misma participación en el proceso en los términos del artículo 235 del C.C.A., que debe surtirse en ese lapso, así como el ejercicio de atribuciones tales como contestar la demanda, solicitar la práctica de pruebas y formular alegatos de conclusión, para todo lo cual resulta indispensable que el arribo al proceso se haga antes de que los respectivos términos culminen.”

b) Acto de trámite: Concepto. Diferencia con acto administrativo definitivo

“Entre los actos de trámite y los actos administrativos existe una diferencia de medio a fin, en la medida que los primeros son aquellos pasos concatenados y lógicos que han de seguirse para llegar a la producción de los segundos, quedando en los últimos contenida la expresión de voluntad de la

administración bien sea para reconocer la existencia de un derecho o ya para modificarlo o extinguirlo.”

c) La demanda electoral contra un nombramiento no debe dirigirse, además, contra el proceso de selección ni la lista de elegibles, aunque estos puedan configurar su expedición irregular

“Para obtener la nulidad del acto de designación demandado, no es necesario dirigir expresamente la acción contra el proceso de selección o contra la lista de elegibles resultante del mismo, puesto que el objeto de la acción electoral se centra en el acto de elección o nombramiento y no en los actos previos al mismo, los cuales sí pueden ser objeto de censura como parte de los trámites o pasos previos a la expedición cualquiera de aquéllos, ya que, por ejemplo, bajo la causal de expedición irregular es posible entrar a demostrar que el debido proceso resultó violado con la actuación de la administración.”

d) Debido proceso: Características. Aplicación a actuaciones judiciales y administrativas. La irregularidad acontecida en una actuación administrativa debe ser sustancial para anular el acto administrativo por la causal de expedición irregular

“El debido proceso es una garantía de rango constitucional, con asiento en el artículo 29 Superior, aplicable indistintamente a todas las actuaciones judiciales y administrativas, que busca rodear de cierta seguridad a los asociados frente a la administración pública en general, de modo que de antemano se tengan establecidos un mínimo de pasos o procedimientos que a su vez sirvan de marco de referencia para la actuación de la misma, al punto que de ser desbordado puede conducir a la ilegalidad de la actuación. (...) El debido proceso es clara emanación del principio de legalidad, en la medida que contribuye a sujetar el proceder de la administración pública a reglas claras y predeterminadas, que ubican su actuación por fuera de la arbitrariedad, tanto que las actuaciones que se adelanten ignorando o sobrepasando los exactos límites fijados en las regulaciones o procedimientos administrativos o judiciales, bien puede conllevar la ilegalidad de lo que así acontezca. (...) Junto a la omisión de las formalidades y trámites previstos para el adelantamiento de una actuación, para que la expedición irregular adquiera entidad suficiente para llevar a la anulabilidad de la misma, se precisa de su cualificación, por manera que no toda irregularidad da pie a la ilegalidad de la actuación, sino sólo aquellas que tengan tinte sustancial, o si se quiere que la irregularidad sea de tal magnitud que afecte principios fundamentales de la función administrativa, tales como la igualdad, la imparcialidad y la transparencia, entre otros. (...) Según lo anterior, deja en claro la Sala que los actos de elección o de nombramiento no se vician porque en su expedición la administración haya podido incurrir en cualquier irregularidad, ya que siendo inherente a la condición humana errar (errare humanum est), debe admitirse cierto grado razonable de tolerancia frente a los desaciertos procedimentales que se lleguen a presentar, en tanto no se traspase el límite que marca “...un principio constitucional o legal de suma importancia para la transparencia del procedimiento de escogencia...”. Pues bien, teniendo en cuenta las anteriores precisiones, se adentra la Sala en el estudio de las imputaciones lanzadas por el accionante.”

e) Antes de la regulación del régimen especial de carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil debía atenderse principalmente a lo dispuesto en las convocatorias de los concursos de méritos. Aplicación principal de normas especiales y subsidiarias del Código Contencioso Administrativo en cuanto a la información sobre recursos procedentes contra actos administrativos

“En todas las notificaciones o publicaciones la administración debe cumplir el deber de indicarle al interesado “los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate”, así como las autoridades ante quienes deben formularse y el término en que ello debe ocurrir para que no sean rechazados por extemporáneos. Nótese que la norma, en ningún momento, se refirió expresamente a los recursos de la vía gubernativa, y no lo hizo para guardar armonía con el carácter subsidiario que en punto de la función administrativa tiene el código contencioso administrativo en su primera parte, pues como bien lo precisó el legislador extraordinario en el inciso 2º del artículo 1º

de esa obra “Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles”; de suerte que para calificar de irregular la situación denunciada por el actor es preciso demostrar que una disposición legal, entendida esta expresión en sentido material y no solamente formal, impone a la Registraduría Nacional del Estado Civil el deber de establecer los recursos pertinentes frente a las calificaciones de las distintas pruebas que se adelanten en sus concursos de méritos. Sin embargo, la situación de esa entidad era sui generis, pues como lo precisó la Corte Constitucional en su sentencia C-230A del 6 de marzo de 2008, para ese entonces no se había expedido por el legislador su régimen de carrera administrativa. (...) Esa omisión legislativa, que ya fue superada con la expedición de la Ley 1350 del 6 de agosto de 2009 pero que no puede aplicarse al sub lite porque su vigencia ocurrió tiempo después de expedida la Convocatoria No. 003 del 16 de diciembre de 2008, tiene como consecuencia que la ley del concurso de méritos que dio lugar a la expedición del acto acusado, sea precisamente la anterior Convocatoria, pues como lo señaló la Corte Constitucional en dicha providencia, el Registrador Nacional del Estado Civil quedaba habilitado para expedir la reglamentación concerniente al concurso de méritos, como así lo hizo. Así las cosas, por constituirse la Convocatoria No. 003 del 16 de diciembre de 2008 en la ley del concurso, debe entenderse que los recursos legalmente procedentes contra las calificaciones de la Fase IV - Prueba de Conocimientos en Ambiente Web, según el artículo 47 del C.C.A., solamente podían ser los que allí se dispusieran, los que según se vio no fueron consagrados. Así, no se configura la irregularidad denunciada, puesto que en la Convocatoria No. 003 del 16 de diciembre de 2008 -ley del concurso-, no se previó la procedencia de recurso alguno contra las calificaciones, además que los artículos 47 y 48 del C.C.A., no albergan el contenido normativo alegado por el actor, por el contrario estipulan una fórmula abierta que se integran con las reglas especiales para cada sección de la administración.”

f) En proceso electoral no procede estudio de legalidad de actos administrativos distintos al que declara la elección o hace el nombramiento. En determinadas circunstancias los actos de trámite pueden considerarse definitivos y ser demandados autónomamente

“El proceso electoral se instituyó con la finalidad de juzgar la legalidad de los actos de elección o de nombramiento, sin que allí quepa la posibilidad de someter a control de legalidad, en forma paralela, otras decisiones o actuaciones administrativas, puesto que ello debe ocurrir en proceso separado, a través de la acción correspondiente y con previa citación y audiencia de los legítimos contradictores. (...) Ciertos actos de trámite, no obstante su condición de tales por hacer parte de los pasos requeridos para culminar una actuación administrativa, adquieren la calidad de definitivos y por ende enjuiciables en forma separada ante esta jurisdicción, cuando por virtud de las decisiones allí asumidas imposibilitan la continuidad del adelantamiento del trámite respecto de ciertas personas. Es precisamente lo que acaece con la Resolución No. 2740 del 11 de mayo de 2009, ya que mediante la misma el Registrador adoptó la decisión de rechazar a los 54 aspirantes que allí se mencionan, con lo que sin duda cesó para ellos la posibilidad de continuar en el proceso de selección relacionado con la Convocatoria No. 003 de 2008. Así lo entendió incluso la propia Registraduría, ya que en el numeral 2º de su parte resolutoria advirtió a los interesados que contra lo decidido procedían los recursos de la vía gubernativa, en particular el de reposición que debía interponerse ante la misma autoridad dentro de los cinco días hábiles siguientes a la publicación del acto. Síguese de lo dicho hasta ahora, que la decisión administrativa adoptada por el Registrador Nacional del Estado Civil mediante la Resolución No. 2740 del 11 de mayo de 2009, no puede ser objeto de examen de legalidad en este proceso, puesto que se trata de un acto diferente al aquí acusado, respecto del cual los interesados están habilitados para intentar, dentro de los términos legales, la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en forma separada.”

g) Valoración de fallos de tutela en otro proceso judicial

“Según lo dispuesto en el artículo 230 Constitucional ‘Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley’, siendo la jurisprudencia un criterio auxiliar. De tal suerte, la presunción de legalidad del acto acusado no puede juzgarse con base en ese pronunciamiento

jurisdiccional, que por cierto no se refiere al demandado. (...) según lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de Administración de Justicia-, las sentencias dictadas en los procesos de tutela ‘...tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.’”.

[Sentencia de 6 de mayo de 2010, Exp. 11001-03-28-000-2009-00021-00. M.P.: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. Concepto sobre régimen prestacional en Fuerzas Militares y Policía Nacional

A solicitud del ministro de Defensa, la Sala de Consulta y Servicio Civil se refirió a varios aspectos relacionados con el régimen prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

a) Justificación de régimen prestacional especial para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Inaplicación del régimen general de seguridad social

“La Asamblea Nacional Constituyente concibió la seguridad social como un derecho constitucional irrenunciable de todas las personas y como un servicio público a cargo del Estado, sujeto a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, en los términos que la ley señale. Con el fin de desarrollar tal garantía constitucional, el Congreso de la República expidió la ley 100 de 1993 como un sistema general e integral de seguridad social para todos los habitantes del territorio nacional, integrado por: pensiones, seguridad social en salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios. No obstante el carácter general con que concibió el servicio público de la seguridad social, el Constituyente de 1991 admitió la existencia de regímenes prestacionales especiales en atención a las características de ciertos grupos humanos y a la función especialísima que ellos cumplen. En tal virtud, facultó al legislador en los artículos 217 y 218 de la Carta Política para establecer el de carrera, prestacional y disciplinario tanto para los miembros de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional. Igualmente, en el artículo 150, numeral 19, literal e), otorgó al Congreso de la República la atribución de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública. Dichos regímenes prestacionales especiales constituyen un conjunto normativo que crea, establece, regula y desarrolla una serie de prestaciones a favor de un determinado grupo social, el cual goza de una reglamentación propia, en virtud de ciertas características individuales que le confieren plena particularidad. La Corte Constitucional ha justificado en reiteradas oportunidades la existencia del régimen prestacional especial de los miembros de la Fuerza Pública, dada la naturaleza peligrosa que implica el ejercicio de sus funciones, razón que considera suficiente para que mediante aquél se pretenda compensar el desgaste físico y mental que involucra el estado latente de inseguridad al que es sometido durante largos periodos, no sólo el militar, si no también los miembros de su familia. De ahí que la ley marco que fija el régimen prestacional para los miembros de la Fuerza Pública debe precisar el contenido especial del sistema pensional y de asignación de retiro de sus miembros, señalando los requisitos necesarios para su reconocimiento tales como edad, tiempo de servicios, montos, ingresos bases de liquidación, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias; correspondiendo al Gobierno Nacional mediante decreto, reglamentar los elementos accidentales y variables de dicho régimen. Precisamente, la existencia del régimen prestacional especial de seguridad social con que cuentan los miembros de la Fuerza Pública, los excluye del sistema integral de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993, como lo dispone el artículo 279 de dicha ley, cuyos alcances analizará la Sala en el numeral 4o. de este concepto.”

b) Condiciones para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares

“La norma en cita (Decreto Ley 4433 de 2004 - artículo 14), en su inciso primero fija dos condiciones para que pueda darse el pago de la referida prestación en los términos en ella previstos, de una parte, que a la entrada en vigencia el decreto 4433 el oficial o suboficial se encuentre en servicio activo, y de otra, que su retiro se produzca bajo una de dos modalidades, para las cuales señaló un tiempo límite de servicio y unas causales taxativamente previstas, a saber: 1. Con 18 años o más de servicio, por: - Llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o - Por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o - Por disminución de la capacidad psicofísica, o - Por incapacidad profesional. 2. Después de 20 años de servicio, por: - solicitud del propio oficial o suboficial, o - porque el mismo sea retirado o separado en forma absoluta. Por su parte, el parágrafo 1o. de la norma que se analiza, prevé el pago de la asignación mensual de retiro para el oficial o suboficial que a la entrada en vigencia del decreto 4433 acreditara 15 años o más de tiempo de servicio y fuera retirado por alguna de las siguientes causales: ‘llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional.’”

c) Asignación de retiro para miembros de las Fuerzas Militares por inasistencia injustificada por más de diez años y por separación absoluta del servicio

“Armonizando lo dispuesto por los artículos 163 inciso primero del decreto ley 1211 de 1990 -norma anterior- y 2o. y 14, inciso primero y parágrafo primero del decreto ley 4433 de 2004, se puede concluir que: (i) En vigencia del artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990 los oficiales y suboficiales retirados del servicio activo por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada, tenían derecho al pago por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de la asignación mensual de retiro en los términos fijados en la norma, siempre y cuando hubieran cumplido 15 años o más de servicio. (ii) Para que este derecho le fuera reconocido una vez en vigencia el decreto ley 4433 de 2004, se hacía necesario que a esa fecha -31 de diciembre de 2004, Diario Oficial No.45778- el oficial o suboficial respectivo hubiera cumplido la totalidad de los requisitos exigidos por el decreto ley 1211 de 1990 para acceder a la respectiva asignación, esto es: a) que hubiera sido retirado por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada. b) que al momento del retiro tuviera 15 años o más de servicio. Sin que el sólo hecho de tener los 15 años de servicio fuera suficiente para obtener el derecho al reconocimiento de la referida asignación. (iii) Sólo quien se ajustara a los dos requerimientos antes señalados podía acceder a las garantías previstas en el artículo 2o. del decreto ley 4433 y por tanto se haría acreedor al reconocimiento de la asignación mensual de retiro en los términos del artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990. (iv) En cuanto a la figura de la separación absoluta del servicio cabe anotar que el artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990 no la consideraba como causal de retiro que permitiera acceder al reconocimiento de la respectiva asignación, razón por la cual frente a ella no es posible plantear el tema de los derechos adquiridos a que se refiere el artículo 2o. del decreto ley 4433 de 2004. (v) En vigencia el decreto ley 4433 de 2004, no existe la posibilidad de que un oficial o suboficial que sea retirado por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada, tenga derecho al reconocimiento de la asignación mensual de retiro, independientemente del tiempo que llevare vinculado a la institución, por no haberlo contemplado así la norma. (vi) Lo que sí procede al tenor del inciso primero del artículo 14 del decreto ley 4433 de 2004, es el reconocimiento de la asignación mensual de retiro para quien sea separado del servicio en forma absoluta siempre y cuando haya cumplido 20 años de servicio al momento del retiro, caso en el cual dicho reconocimiento se hará en los términos establecidos en el citado artículo 14.”

d) Retiro por destitución general inhabilidad para miembros de la Policía Nacional. Concepto y finalidad de las inhabilidades para acceder a cargos públicos

“En cuanto a la destitución, cabe señalar que ésta consiste en “la privación del cargo público que realiza la autoridad disciplinaria competente como consecuencia de un procedimiento que demuestra una grave responsabilidad disciplinaria”, es una sanción que se impone por el incumplimiento de los deberes propios del cargo o por incurrir en faltas disciplinarias catalogadas como graves. Al respecto, es de anotar que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 38, numeral 1o. de la ley 1015 de 2006 “Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional”, la destitución “consiste en la terminación de la relación del servidor público con la Institución Policial” y comporta la Inhabilidad General que “implica la imposibilidad para ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera”. (...) Las inhabilidades, en términos generales, son prohibiciones establecidas por el legislador para acceder a la función pública, tienen por finalidad preservar la pulcritud de la administración, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos de la comunidad, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la administración. El artículo 37 de la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Unico, se refiere a la inhabilidades sobrevivientes como aquellas que “se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción”. Evento en el cual, advierte la norma, se debe comunicar al actual nominador para que proceda a hacer efectivas sus consecuencias. (...) De lo anterior se infiere, que si a un miembro del personal de la Policía Nacional, estando en el ejercicio de sus funciones, le sobreviene una inhabilidad como la descrita en el numeral 2o. del artículo 38 de la ley 734 de 2002, lo que procede es su desvinculación de la institución, no como sanción sino como una medida de protección para la administración, según lo manifestado por la Corte Constitucional al efectuar el análisis de constitucionalidad de dicha norma.”

e) No procede doble reconocimiento de subsidio familiar a cónyuges miembros de las Fuerzas Militares

“En el régimen prestacional de las Fuerzas Militares, el subsidio familiar constituye uno de los factores a incluir al momento de liquidar la asignación de retiro que se ha de reconocer a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, sin que el total por dicho concepto pueda sobrepasar el 47% del respectivo sueldo básico. Ahora bien, como el régimen analizado establece la prohibición del pago por partida doble del subsidio familiar cuando los dos cónyuges son servidores activos del Ministerio de Defensa, y en el texto de la consulta no se precisaron las circunstancias que rodearon el retiro de los dos servidores a que alude la misma, la Sala considera necesario plantear las hipótesis que al respecto pueden haberse presentado: (i) Los dos cónyuges prestaban en la misma época sus servicios al Ministerio de Defensa, evento en el cual de acuerdo con la prohibición establecida por el legislador, sólo uno podía percibir dicho subsidio, el que devengara el sueldo más alto o en el caso de que los dos percibieran la misma asignación, el que hubiera acreditado mayor tiempo de servicio en el Ministerio. (ii) Si los dos cónyuges se retiraron al mismo tiempo, es decir, simultáneamente, el subsidio familiar constituye partida de liquidación de la asignación de retiro solamente respecto de quien en ejercicio del servicio venía devengándolo; en la asignación de retiro del otro cónyuge no podía liquidarse el subsidio familiar por cuanto no era beneficiario del mismo. (iii) Si se retiró el cónyuge que percibía el subsidio, como antes quedó dicho, para la liquidación de su asignación de retiro debió incluirse como factor de la misma el subsidio familiar, el cual a partir del reconocimiento de la asignación pierde su carácter de prestación social para convertirse en factor prestacional, como lo ha señalado la Sección Segunda de esta Corporación. Precisamente, esta modificación del carácter del subsidio familiar, lleva a la prohibición de variar el porcentaje con que fue incluido el subsidio en la liquidación de la respectiva asignación, a menos de que se compruebe que al Oficial o Suboficial, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía. (iv) Si el cónyuge que no recibía el subsidio familiar, continuó laborando en el Ministerio de Defensa después de retirado su esposo o esposa, tiene derecho a que se le reconozca

dicha prestación de conformidad con lo previsto por las normas que regulan la materia en relación con el número de hijos y la edad de los mismos. Lo anterior, por cuanto no existe norma legal que prohíba tal reconocimiento al cónyuge que continúa en el servicio y porque, en criterio de la Sala, no puede hacerse extensiva a él la prohibición para el pago doble del subsidio familiar que se aplica cuando los dos cónyuges están en servicio activo. (v) De igual forma, en el caso del cónyuge que se retiró de último, éste tiene derecho a que el subsidio familiar que percibía se le liquide como un factor prestacional para el reconocimiento de su asignación de retiro, en el porcentaje que se encontraba reconocido a la fecha de su desvinculación, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 79 del decreto ley 1211 de 1990, siempre que ese concepto no sobrepase el 47% del respectivo sueldo básico. En este punto es necesario precisar que el tope porcentual del 47% que establecen los artículos 79 y 158 de decreto ley 1211 de 1990, es para cada uno de los oficiales o suboficiales a quienes se les reconozca la asignación de retiro, sin que pueda deducirse del contenido de tales disposiciones que las mismas están fijando un tope máximo común para la inclusión de dicho factor en la liquidación de las asignaciones de los dos cónyuges. Como señala el principio general de derecho, cuando el legislador no diferencia no le es dado hacerlo al intérprete. Para el caso que se analiza en este punto, en el evento de no haberse incluido como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro el subsidio familiar que venía percibiendo el cónyuge que se retiró de último, éste podrá elevar la respectiva solicitud en cualquier momento al tenor de lo prescrito en el inciso segundo del artículo 161 de decreto ley 1211 de 1990.”

f) Condiciones para el reconocimiento de la pensión de jubilación al personal civil del Sector Defensa

“Para el reconocimiento de la pensión de jubilación de que trata el artículo en cita, se requiere que confluyan dos condiciones a saber: (i) El beneficiario debe tener y haber tenido la calidad de empleado público, entendida ésta en los términos previstos por el mismo decreto ley 1214, esto es, la condición de persona natural nombrada y posesionada legalmente para desempeñar un cargo como Civil en las plantas de personal del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares o la Policía Nacional, y (ii) Acreditar veinte años de servicio continuo, es decir, que no hayan existido interrupciones superiores a quince días, salvo en el caso del servicio militar. A su vez, el legislador previó que dicho reconocimiento podía darse a cualquier edad y, para efectos de contabilizar los veinte años continuos de servicio debía tenerse en cuenta el tiempo durante el cual el beneficiario hubiera prestado el servicio militar obligatorio.”

g) Indignidad para suceder no impide reconocimiento de indemnizaciones por causa de muerte de pariente militar

“Existen derechos que si bien se originan con ocasión de la muerte de una persona no por ello hacen parte de su herencia, precisamente por no haber estado en cabeza del difunto antes del momento de su muerte. Tal es el caso de las indemnizaciones a que tienen derecho los parientes del difunto como resarcimiento al daño causado por su muerte, caso en el cual y como lo sostiene la doctrina “Dicha indemnización es un derecho propio e independiente de la herencia; es un derecho que nace en forma directa en cabeza de los perjudicados; no se encontraba radicado en cabeza del difunto”. (...) Ahora bien, en cuanto al proceso ordinario de indignidad para suceder, es de anotar que el mismo tiene por objeto debatir la aptitud de un heredero para acceder a la herencia de su causante, es decir, dicho proceso tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte y en tal virtud constituye una sanción de carácter civil en la medida en que por causa de la declaratoria de indignidad un heredero puede ser excluido de la sucesión de una persona a quien estaría legal o testamentariamente llamado a suceder. En consecuencia, como quiera que el proceso ordinario de indignidad para suceder tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte y las indemnizaciones o las partidas que reciba una persona a título de pensión por el fallecimiento de un pariente cercano no encuentran su fuente en las normas que regulan la referida sucesión, esto es, no hacen parte de la masa sucesoral, el heredero que ha sido declarado indigno para suceder bien puede acceder a las mencionadas indemnizaciones que se otorgan a manera de resarcimiento por el

daño causado, así como a las partidas que se reconozcan a título de pensión, siempre y cuando se encuentre incluido dentro del orden de beneficiarios de las prestaciones sociales que se concedan por la muerte de su familiar. Cosa distinta sucede con las cesantías, que es otra de las prestaciones a que tienen derecho los beneficiarios a que nos hemos referido, toda vez que las mismas constituyen un haber o patrimonio latente que se encontraba pendiente de ser reclamado, y en tal condición hacen parte de la masa sucesoral. Por tanto, dada la diversa naturaleza de las referidas prestaciones, la Sala considera que en el evento de adelantarse un proceso de indignidad corresponde al Ministerio de Defensa entrar a desglosar y pagar a cada uno de los beneficiarios las prestaciones que no hacen parte de la masa sucesoral, que para el caso lo serían las que le correspondan a modo de compensación o indemnización y la pensión, decisión ésta que debe ser comunicada a los interesados para que si lo consideran conveniente adelanten las acciones judiciales que estimen pertinentes. Las prestaciones que conforman la masa sucesoral se dejarán a salvo hasta tanto se decida el respectivo proceso.”

[Concepto 1935 de 18 de marzo de 2010. Autorizada la publicación con oficio 7 de abril de 2010 del Ministerio de Defensa. M.P.: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO](#)

NOTICIAS DESTACADAS

**AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, ELEGIDO
MAGISTRADO DE LA SALA DE CONSULTA DEL
CONSEJO DE ESTADO**

La Sala Plena en sesión realizada el 18 de mayo, eligió al doctor Augusto Hernández Becerra como Consejero de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Con dicha elección, se suple la vacante dejada por doctor Gustavo Eduardo Aponte Santos.

Esta elección ratifica una vez más el compromiso de la Corporación en el cumplimiento de sus atribuciones y deberes constitucionales y legales, mediante elecciones eficientes, transparentes, eficaces y oportunas, para colmar así las vacantes que se encuentran disponibles.

El doctor Hernández Becerra es Abogado del Externado de Colombia, especialista en Derecho Público de la misma Universidad; actualmente se desempeña como Director de Derecho Constitucional de esa Institución de Educación Superior, donde ha ocupado diversos cargos, además de haber sido catedrático de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Ideas Políticas, Descentralización.

Fue Asesor de la Comisión Redactora del Código Contencioso Administrativo, Asesor del Programa Renovación Pública de la Administración Pública DNP, Asesor de Naciones Unidas y Consultor del BID, Consultor de la Unión Europea ESAP, Consultor de la ESAP y el PNUD, Asesor de la Consejería Presidencial para la Modernización, Miembro de la Comisión de Expertos para la preparación del Proyecto Estatuto Distrital, Asesor de la Asamblea Nacional Constituyente, de la Consejería Presidencial para el Desarrollo, del Ministerio de Gobierno, del Parlamento Andino, entre otros.

Es autor de varias publicaciones; algunas de ellas son “Agenda para la descentralización territorial”, “Derecho electoral - La elección popular de alcaldes”, “Diccionario electoral”, “Instituciones políticas colombianas” y “Las ideas políticas en la historia”.

CONSEJO EDITORIAL

**LUIS FERNANDO ÁLVAREZ
JARAMILLO**
Presidente

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Rafael E. Ostau De Lafont P.

Presidente Sección Primera

Gustavo Gómez Aranguren

Presidente Sección Segunda

Ruth Stella Correa Palacio

Presidente Sección Tercera

Martha Teresa Briceño de V.

Presidente Sección Cuarta

Mauricio Torres Cuervo

Presidente Sección Quinta

Enrique J. Arboleda Perdomo

Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Relatoría Consejo de Estado

Coordinación General

- **Lucía Mazuera Romero**

Secretaria Privada de Presidencia

Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

- **Fabiana De La Espriella S.**

Jefe de Prensa

Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2117

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

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