



BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

República de Colombia
Consejo de EstadoNo 124- Mayo 30 de 2013
BOGOTÁ, COLOMBIAwww.consejodeestado.gov.co

EDITORIAL

Con el fin de mejorar el servicio de información para la comunidad jurídica y la ciudadanía en general, a partir de la presente entrega, se modifica la presentación del boletín quincenal. En adelante, los usuarios contarán con una herramienta especializada y con información precisa, como hasta ahora, pero con elementos que pueden ser útiles en la búsqueda de la jurisprudencia de las diferentes secciones del Consejo de Estado, así como de su Sala Plena.

Nuestro grupo de relatores continuará su labor de informar las novedades, unificaciones y reiteraciones, que por su importancia jurídica, merecen especial difusión. Para ello, al final encontrará un índice de los temas abordados.

El propósito es modernizar y acercar la justicia a la ciudadanía.

Alfonso Vargas Rincón
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 DE TUTELA

Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al día	
Acciones de tutela y populares	1-5
Sección Primera	5-8
Sección Segunda	8-13
Sección Tercera	13-23
Sección Cuarta	23-27
Sección Quinta	27-28
Sala de Consulta	28-30
Índice	31-34
Noticias destacadas	35

1. Comisión Nacional del Servicio Civil se extralimitó en el cumplimiento del fallo de tutela de 30 de junio de 2011 al usar listas de elegibles para cargos no señalados allí y que contaban con sus propias listas

Síntesis del caso: *La accionante estima vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a cargos públicos, porque la CNSC y el SENA, al dar cumplimiento a una orden judicial que amparo los derechos de un aspirante incluido en la lista para proveer el cargo 44805, dejó sin efecto la lista de elegibles conformada para el empleo núm. 44971 de la denominación profesional 2020-18, en la Convocatoria 001 de 2005, en la cual ocupaba el primer lugar.*

Extracto: Al conceder el amparo, la Sala indicó que la CNSC se extralimitó en el cumplimiento de la sentencia de 30 de junio de 2011, proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación, pues allí claramente se indicó que se debía “hacer efectiva la lista de elegibles de la Resolución 1575 de 2009”, es decir, la que fue elaborada para proveer el cargo 44805, en la denominación profesional código 2020, grado 18., de manera que no podía la entidad, so pre-

texto de acatar una orden judicial, cobijar con los efectos del fallo dictado en la acción promovida por Elberth Julián Villareal Franco, a los demás empleos reportados en el mismo cargo de posesional 2020-18, especialmente el número 44971, el cual ya contaba con una lista de elegibles en la que la actora ocupó el primer puesto, según la Resolución 2453 de 1° de junio de 2011. Tal proceder, indicó la Sala, constituyó una violación flagrante de sus derechos a la igualdad, al debido proceso y al acceso a cargos de carrera, en estricto orden de méritos, es decir, el derecho al nombramiento de quienes han superado las pruebas y cumplido los requisitos para acceder a un cargo de carrera administrativa.

Sentencia de 7 de febrero de 2013, Exp. 25000-23-42-000-2012-00468-01(AC), M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

2. Procede el reconocimiento y pago de retroactivo salarial mediante tutela para evitar un perjuicio irremediable a mujer enferma de epilepsia.

Síntesis del caso: La accionante solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad, al trabajo y a la igualdad, que estima vulnerados, porque los Ministerios de Educación Nacional y Hacienda y Crédito Público y el Municipio de Valledupar, no le han cancelado el retroactivo salarial generado por el proceso de nivelación salarial de los funcionarios adscritos a la Secretaría de Educación Municipal.

Extracto: La Sala comparte la posición del a quo, cuando consideró que la actora se encuentra en una condición manifiesta de vulnerabilidad, no solo por las dificultades y apremios económicos que atraviesa, sino principalmente por el padecimiento de una enfermedad cerebral crónica, como lo es la epilepsia, la cual la coloca en una condición especial, frente a las demás personas que también tienen legítimo derecho al pago de las acreencias laborales aquí discutidas. Es evidente la existencia de otros medios de defensa judiciales idóneos para atender las reclamaciones de la actora, sin embargo, sus condiciones particulares hacen que en la actualidad estos no sean eficaces y efectivos para la protección de los derechos fundamentales invocados, por lo tanto, la acción de tutela se torna totalmente procedente para evitar que las mencionadas vulnerabilidades económicas y sobre todo de salud, generen un perjuicio irremediable en la vida de la actora. Y, dado que las entidades demandadas se imputan la responsabilidad unas a otras, la Sala debe velar por el cumplimiento de la sentencia y en especial por la protección a los derechos fundamentales de la actora y por lo tanto, debe mantenerse la orden a cada una de los vinculados, para que realicen las gestiones administrativas y presupuestales que les competan, necesarias para el pago a la actora del retroactivo reclamado.

Sentencia de 28 de febrero de 2013, Exp. 20001-23-33-000-2012-00149-01(AC), M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

3. Estado debe garantizar derecho a la salud de internos de centros carcelarios y penitenciarios.

Síntesis del caso: El actor solicita que se ordene a las autoridades accionadas responder por la recuperación de las secuelas físicas, morales y mentales, que le ocasionó la intervención quirúrgica a la cual, estando privado de la libertad, fue sometido, y el suministro de los tratamientos que requiera.

Extracto: Al conceder el amparo, la Sala indicó que a pesar de ser un mandato imperativo para las distintas entidades involucradas en la atención de las personas privadas de la libertad en un establecimiento carcelario, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario se mostró renuente a asumir la obligación de verificar, a través de la empresa prestadora del servicio de salud, que para este caso según se constató en el plenario es la EPS-S Caprecom, el estado de salud del accionante. Así, pese a que el actor no ha podido acudir al área de sanidad de la Cárcel Bellavista, el INPEC y la EPS-S Caprecom tampoco se han mostrado atentas a facilitar la atención médica que requiere, pues ambas entidades sólo

buscan apartarse de las obligaciones que han contraído, por ello la Sala dispuso que el accionante acuda al área de sanidad del establecimiento carcelario donde se encuentre recluido para que un médico tratante adscrito a la EPS-S Caprecom o con el cual el INPEC tenga convenio al momento de ser notificado, le realice el examen de valoración que pueda determinar la magnitud de las secuelas que le quedaron con ocasión de la cirugía practicada el 25 de mayo de 2011, y se le señale el procedimiento a seguir para conjurar estas posibles aflicciones. Y, advirtió la Sala, el amparo efectivo del derecho a la salud no puede verse afectado por trámites administrativos que representen demoras en la realización de la continuidad de los procedimientos médicos.

Sentencia de 7 de marzo de 2013, Exp. 05001-23-33-000-2012-00459-01(AC), M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO.

4. Procuraduría vulnera derecho de acceso a la administración de justicia al no rendir concepto en recurso de casación penal dentro del término legal.

Síntesis del caso: El ciudadano instauró acción de tutela para que se le ampararan sus derechos fundamentales a la libertad y de acceso a la administración de justicia, que consideró trasgredidos por la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal, por no emitir el concepto establecido en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

Extracto: Del transcurso del tiempo entre la llegada del expediente para rendir concepto y la fecha de interposición de la tutela se aprecia que se superó con creces el término que dispuso el legislador para emitir el concepto por parte de la Procuraduría Delegada ante la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal... En cuanto a la cantidad de asuntos que tiene a su cargo la Procuraduría para emitir concepto, tal aspecto no desvirtúa tampoco una explicación sobre la tardanza de emitir dicho concepto en los términos que le impone el artículo 213 de la Ley 600 de 2000. Lo anterior, porque en ningún caso, el orden en la evacuación de dichos trámites representa justificación para que el concepto se rinda por fuera de los veinte (20) días de que trata la norma. Tampoco impone la norma que el orden deba alterarse o que se privilegien los asuntos que están próximos a prescribirse. El mandato normativo es claro y decisivo frente al término con el que cuenta el Ministerio Público para rendir el correspondiente concepto: 20 días.

Sentencia de 7 de marzo de 2013, Exp. 25000-23-41-000-2012-00429-01(AC), M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA

5. Vulneración del debido proceso por la gobernación al omitir el trámite requerido para dar uso a la lista de elegibles en la provisión de cargos vacantes

Síntesis del caso: El accionante considera que las entidades accionadas han desconocido su derecho, como parte de la lista de elegibles, a ser nombrado en una de las vacantes del empleo 29630, con denominación Auxiliar Administrativo de la Gobernación de Santander, por lo que solicita que se adelante las gestiones pertinentes a fin de ser nombrado en el referido empleo.

Extracto: La referida Gobernación en la contestación de la demandada a pesar de reconocer que se le ha solicitado realizar ciertas actuaciones para la utilización de la mencionada lista de elegibles, manifiesta a renglón seguido que todo depende de la decisión que emita la CNSC, sin considerar que para tal efecto, la Comisión requiere de su parte ciertos trámites o actuaciones que de lo probado en el proceso no se han adelantado, y que incluso debieron llevarse a cabo para la fecha en que se emitió el fallo de primera instancia, y que según lo indica el actor en el escrito de impugnación del 29 de enero de 2013 aún no se han cumplido. Ahora bien, en criterio de la Sala la anterior situación es contraria al debido proceso, toda vez que la expectativa que tiene el accionante de que la lista de elegibles en la que se encuentra sea empleada para ser nombrado en el cargo de su interés, se ha visto entorpecida ante la no ejecución de las actuaciones que debe adelantar para tal efecto la Gobernación de Santander, que como antes se indicó se debieron desarrollar en el término de 10 días de conformidad las pautas que estableció la CNSC en el

oficio N° 2012EE 47856 del 6 de diciembre de 2012, que en el caso concreto son el procedimiento a seguir para proveer las vacantes del empleo Auxiliar Administrativo 407-01.

Sentencia de 18 de marzo de 2013, Exp. 68001-23-33-000-2012-00368-01(AC), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE

6. Improcedencia de la acción de tutela para cuestionar la convocatoria a Tribunal de arbitramento por COMCEL, ante existencia de otro mecanismo de defensa

Síntesis del caso: La ETB estima vulnerados sus derechos porque el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Bogotá le ha dado trámite a una solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento presentada por COMCEL, respecto de un asunto que estima ya fue objeto de decisión en distintas instancias judiciales, con el fin de oponerse al cumplimiento de las decisiones judiciales en su contra.

Extracto: Estima la Sala que las cuestiones arriba descritas, relacionadas directamente con el principal motivo de inconformidad de la ETB, deben resolverse en primer término por el Tribunal de Arbitramento que se está conformando ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, pues de conformidad con la Ley 1563 de 2012, dicho Tribunal después de instalado, es el encargado de decidir sobre su propia competencia, y por consiguiente, si puede o no pronunciarse sobre el conflicto existente entre COMCEL y la ETB, que según ésta ya está concluido; si el pacto arbitral en virtud del cual es convocado se encuentra o no vigente; si la demanda cumple todos los requisitos de ley; en suma, puede pronunciarse sobre todas las cuestiones existentes alrededor del principal motivo de inconformidad de la parte accionante.

Nota de Relatoría: En la misma providencia la Sala se pronunció sobre la competencia del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y que éste no es llamado a resolver los motivos de inconformidad expuestos por la ETB, sino el Tribunal de Arbitramento.

Sentencia de 1 de abril de 2013, Exp. 25000-23-42-000-2013-00199-01(AC), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.

7. Mientras el conflicto jurídico territorial planteado entre la comunidad indígena Wayúu de Irrachon y la propietaria formal de las tierras se decide por justicia ordinaria, no procede efectuar el desalojo de la comunidad.

Síntesis del caso: La comunidad indígena Wayúu de Irrachon interpone la acción constitucional de amparo en contra de la decisión de la Inspección Central de Policía de Riohacha de adelantar un proceso de desalojo de la comunidad del predio que ocupa pacíficamente hace varios años y que le pertenece por prescripción adquisitiva de dominio judicialmente declarada, a su juicio, atendiendo a la demanda fraudulenta efectuada por una persona que se presenta como propietaria legítima de las tierras.

Extracto: El presente caso plantea un conflicto entre dos títulos jurídicos que declararon la usucapión sobre un predio determinado a favor de personas distintas y en condiciones divergentes, en momentos distintos del tiempo, y en el cual se enfrentan, por un lado, (a) una comunidad indígena que ve cuestionada su permanencia en el territorio en el que desarrolla sus actividades ancestrales, sobre el cual ha construido sus cementerios y a cuya propiedad ha accedido por declaración judicial, y por otro, (b) una propietaria particular que adquirió 25 hectáreas de esos terrenos en el año 2012 sin haberlos detentado materialmente jamás, que alega poseerlos en virtud de su compra formal, y que sobre esa base promovió una querrela policiva buscando el desarraigo de la comunidad indígena. Frente a ello, corresponde al juez de tutela detener la diligencia policiva de desalojo de la comunidad indígena de estas tierras, por cuanto su desarrollo y ejecución presuponen una resolución del complejo conflicto jurídico subyacente, resolución que obligatoriamente tiene que ser otorgada por la jurisdicción ordinaria, y que a la fecha no

se ha dado. Por ello, haber iniciado y desarrollado esta actuación policiva constituyó una vía de hecho por parte de la autoridad de policía, que actuó sin contar con los fundamentos jurídicos necesarios para ello puesto que intentó hacer valer un título jurídico de propiedad claramente precario y materialmente sujeto a ulterior resolución judicial. Por ello se ordena a las autoridades policivas de Riohacha, demandadas, que se abstengan de adelantar cualquier tipo de actuación policiva orientada a desalojar a la comunidad Wayúu de Irrachon de las tierras que actualmente ocupan, hasta tanto la jurisdicción ordinaria se pronuncie, mediante sentencia definitiva y en firme, sobre los problemas jurídicos que enfrentan a las partes.

Sentencia de 15 de abril de 2013, Exp. 44001-23-33-000-2012-00079-01(AC), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ACCIÓN POPULAR

1. La restricción vehicular adelantada por el DAS, sobre la Carrera 28 entre Calles 17 y 19, en Bogotá, se justifica para proteger la seguridad pública

Síntesis del caso: El actor reclama la protección de los derechos colectivos previstos en los literales d) y m) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, debido al cerramiento efectuado por el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS de la Carrera 28 entre Calles 17 y 19, sin que la Alcaldía Mayor de Bogotá o la administración local de “Los Mártires”, haya procurado su retiro para garantizar a la comunidad la libre movilización por esta.

Extracto: Al negar el amparo, la Sala indicó que en este caso se presenta conflicto entre dos derechos colectivos, a saber: el goce del espacio público y la seguridad pública. Ante tales eventos es preciso considerar, reitera la Sala, que el derecho colectivo al espacio público admite ciertas restricciones por razones de seguridad y prevalencia del interés general, y en este orden, la restricción vehicular adelantada por el DAS, sobre la Carrera 28 entre Calles 17 y 19, sector donde se encuentran ubicadas sus instalaciones, corresponde a una medida proporcional y razonable para proteger la seguridad pública y que, por lo demás, es una limitación al espacio público plenamente justificada.

Sentencia de 13 de marzo de 2013, Exp. 25000-23-24-000-2010-00531-01(AP), M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

SECCIÓN PRIMERA

1. Pérdida de investidura por violación al régimen de inhabilidades al configurarse la celebración de contratos

Síntesis del caso: La Sala confirmó la sentencia apelada y decretó la pérdida de investidura del Concejal del Municipio de San José de Cúcuta Eduardo Antonio Rodríguez Silva, por considerar que no le asistía razón a los apelantes, al manifestar que era necesario que de la celebración del contrato se debía generar un beneficio para el Municipio, ya que la norma no señala en ninguna parte tal requisito, lo que exige la medida es que los contratos deben ejecutarse o cumplirse en el respectivo Municipio o Distrito.

Extracto: Revisado el expediente, estima la Sala que en el caso sub examine concurren los supuestos que exige la norma para que se configure la causal de inhabilidad allí consagra, toda vez que está acreditado: a) que los Contratos de Prestación de Servicios Profesionales números 000002 de 7 de enero y 000643 de 15 de marzo de 2011 fueron suscritos por el demandado con la Secretaría de Educación del Departamento

de Norte de Santander (entidad pública), por el término de dos meses y nueve meses y quince días; b) que los mismos se celebraron dentro del período inhabilitante; c) que los contratos se suscribieron en interés propio; y d) que la ejecución de los citados contratos se llevó a cabo en el ente territorial en el cual fue elegido Concejal, esto es, el Municipio de San José de Cúcuta. Tal apreciación no resulta de recibo para la Sala, dado que la norma transcrita en parte alguna señala que deba derivarse un beneficio para el Municipio en el que se vaya a ejecutar o cumplir el contrato y en el cual resultó elegido. Por el contrario, el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, que contiene la causal de inhabilidad que se le endilga al demandado, es claro en indicar que no podrá ser inscrito como candidato ni Concejal, quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio, “siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito”, supuesto este último del cual no se puede colegir, como lo hacen los apelantes, que como requisito adicional deba estar presente un beneficio o privilegio para el Municipio, en virtud del cual se derive ventaja electoral.

Sentencia de 7 de marzo de 2013, Exp. 54001-23-31-000-2012-00255-01 (PI), M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Apelación Sentencia - Pérdida de Investidura.

2. Ministerio de Ambiente no puede derogar normas con rango de ley, pues incurriría en usurpación de funciones y de competencia legislativa.

Síntesis del caso: La Sala decretó la nulidad de la circular demandada, al considerar que el ente demandado usurpó funciones propias del poder Legislativo, ya que se percibe con claridad un vicio de competencia, pues la función de derogar normas con rango de ley es exclusiva del Congreso de la República.

Extracto: La Sala observa que dentro de las funciones otorgadas por la Ley 99 de 1993 al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, específicamente en el artículo 2º, no se encuentra la función relativa a derogar normas jurídicas con fuerza de Ley, de manera que la atribución desplegada a lo largo y ancho del acto administrativo demandado constituye una violación del artículo 121 constitucional. La orden impartida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en la circular demandada, se traduce en sacar del ordenamiento jurídico una norma con fuerza de Ley que no ha sido derogada ni expresa ni tácitamente por el Legislador, de esa manera se ve claramente probado el vicio de nulidad y la vulneración del artículo 114 de la Carta. En conclusión, cuando un órgano o autoridad pública ejerce una función mediante la expedición de un acto administrativo, y dicha función es propia de otro órgano u autoridad, tal y como ocurre en el presente asunto, el acto administrativo es anulable por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en tanto incurre en violación de las reglas de competencia funcional establecidas en la Constitución.

Sentencia de 28 de febrero de 2013, Exp. 11001-03-24-000-2009-00614-00. M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. Acción de nulidad.

3. La condena penal como causal de pérdida de investidura no tiene límite en el tiempo

Síntesis del caso: La Sala confirma la sentencia apelada, al desvirtuar los argumentos del apoderado del concejal, quien fundamentaba que la inhabilidad de su cliente tenía eficacia únicamente durante el tiempo que duraba la condena; para la Sala es claro que cuando un ciudadano es condenado penalmente, esa inhabilidad perdura en el tiempo.

Extracto: Así mismo, en sentencias del 8 de noviembre de 2007 y del 22 de abril de 2009 proferidas por esta Sección, la Sala prohió tal postura, quedando entonces clara la línea jurisprudencial en torno a la causal de inhabilidad por condena penal, en el sentido de que la misma es intemporal, es decir, no es trascendente la fecha en que se expidió la sentencia condenatoria ni los hechos que dieron lugar a la misma. En tal contexto, queda claro para la Sala que siempre que existe condena penal de quien es elegido y posesionado en un cargo de elección popular se está incurriendo en el régimen de inhabilidades

previsto en el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, y por ello, siempre que se encuentren acreditados los supuestos que previene la norma contenida en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, deberá decretarse la pérdida de investidura.

Nota de relatoría: En esta sentencia, también se podrá consultar sobre la aplicación del Principio Nom Bis In Ídem.

Sentencia de 7 de marzo de 2013, Exp. 66001-23-31-000-2012-00031-01, M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. Apelación sentencia - Pérdida de investidura.

4. La remoción de depositarios provisionales de bienes incautados es discrecional por parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes

Síntesis del caso: La Sala confirma la decisión del a quo de denegar las pretensiones de la demanda, al considerar que la Dirección Nacional de Estupefacientes es autónoma de renovar al depositario del bien inmueble incautado, y que no tiene ninguna obligación con el propietario del bien incautado, de ponerle en conocimiento dicha renovación.

Extracto: La postura del apelante según la cual, se violó el debido proceso y el derecho de defensa de los socios dueños del parqueadero que era administrado por la removida depositaria, parte de un equivocado presupuesto al creer que, previa a la determinación de remoción la Dirección Nacional de Estupefacientes, debía surtirse una especie de “procedimiento” o formalismo anterior a la toma de esta determinación, suposición que en tratándose de la administración de bienes decomisados o puestos a disposición de esta entidad, no existe. Por tanto, no se puede hablar de violación al derecho fundamental al debido proceso administrativo como lo arguye el apelante, ya que se trató de una decisión libre y autónoma de la Dirección Nacional de Estupefacientes dentro del marco de sus competencias y funciones, razón por la cual no tenía por qué ser previamente consultada con los dueños del inmueble incautado.

Sentencia de 14 de febrero de 2013, Exp. 25000-23-24-000-2003-00312-01, M. P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Apelación sentencia.

5. Anulan el cobro por el aplicativo para generar el manifiesto de carga electrónico, que es el que ampara el transporte de mercancías ante las distintas autoridades.

Síntesis del caso: La Sala decretó la nulidad del acto acusado, al considerar que el Ministerio de Transporte no podía cobrar una tasa por la utilización de un aplicativo para generar un manifiesto de carga electrónico, sin que esta tuviera un sustento legal; así mismo, concluyó que la norma violaba ostensiblemente la Constitución Política en su artículo 338, ya que las tarifas de las tasas pueden ser establecidas por las autoridades, siempre que la Ley, las Ordenanzas o los Acuerdos lo autoricen.

Extracto: Con apoyo en los criterios expuestos, la Sala arriba a la conclusión de que tiene la condición de tasar el valor que la norma demandada autoriza cobrar a favor de la Nación - Ministerio de Transporte por el uso que las empresas habilitadas para prestar el servicio de transporte de carga hagan del aplicativo electrónico manifiesto de carga, diseñado e implementado por la Nación, cada vez que la empresa lo requiera para expedir un manifiesto electrónico a favor del propietario o conductor de un vehículo afiliado. Como la norma demandada autorizó al Ministerio para cobrar una tasa que no tiene fundamento legal, violó igualmente el artículo 16 de la Ley 962 de 8 de julio de 2005 que prohíbe a los organismo o entidades de la Administración Pública Nacional, en este caso el Ministerio de Transporte, cobrar por la realización de sus funciones valor alguno por concepto de tasas o precio de servicios que no hayan sido autorizados mediante norma expedida por autoridad competente. Como el Ministerio de Transporte estableció la tarifa de una tasa en la norma demandada sin que el Legislador haya fijado los métodos y

sistemas referidos en los párrafos anteriores, violó el artículo 338 constitucional, conclusión a la que se arriba tanto si el uso del aplicativo electrónico pueda o no clasificarse como una especie venal.

Sentencia de 7 de marzo de 2013, Exp. 11001-03-27-000-2009-00006-00, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad

6. Se decreta la pérdida de investidura de Diputado por violación al régimen de inhabilidades, al existir vínculo de parentesco con funcionario que ejerció autoridad civil

Síntesis del caso: La Sala confirma la sentencia apelada, en el sentido de decretar la pérdida de investidura del Diputado. Considera, inicialmente, que al haber parentesco en el primer grado de consanguinidad, se da el presupuesto que exige la norma, ya que si esta requiere el vínculo en tercer grado de consanguinidad, con mayor razón se presenta en este caso, por haber una relación más estrecha. Además, se reitera la línea jurisprudencial en el sentido que en el cargo de Director de Impuestos Nacionales se ejerce autoridad civil en todo el territorio nacional.

Extracto: El supuesto fáctico que constituye la causal establecida en el numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, el actor la hace consistir en que el padre del demandado, es decir el señor NÉSTOR FERNANDO DÍAZ SAAVEDRA, ejerció autoridad civil en el respectivo departamento, por haberse desempeñado como Director de Impuestos Nacionales y Director General Encargado de la DIAN, durante los doce meses anteriores a la elección de su hijo como Diputado de Santander. Con todo lo anterior, resulta claro para la Sala que el cargo de Director de Impuestos es un empleo del orden nacional y, por lo tanto, sus funciones se irrigan en todo el territorio nacional, puesto que es el superior técnico y jerárquico de las Subdirecciones a nivel regional, especial, local y delegado, lo que significa que la autoridad civil la desarrolló también en el Departamento de Santander, donde el demandado fue elegido como Diputado a la Asamblea Departamental. Se encuentra acreditado que el funcionario NÉSTOR DÍAZ SAAVEDRA, pariente en primer grado de consanguinidad del demandado, se desempeñaba como Director de Impuestos Nacionales entre el 15 de septiembre de 2003 y el 27 de junio de 2007 según la historia laboral que reposa en el expediente (folio 433 a 435), lo cual significa que se encontraba ocupando dicho cargo dentro del período inhabilitante.

Nota de relatoría: En esta sentencia, también se podrá consultar sobre el Principio Nom Bis In Ídem, la cosa juzgada y la diferencia entre la acción de pérdida de investidura y las acciones penales y disciplinarias.

Sentencia de 13 de marzo de 2013, Exp. 68001-23-31-000-2011-00967-01 (PI). M. P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. APELACIÓN SENTENCIA - Pérdida de investidura.

SECCIÓN SEGUNDA

1. Se ordena reconocimiento de pensión de jubilación docente por cumplirse la edad exigida por ley al momento de proferir sentencia

Síntesis del Caso: Se niega la nulidad del acto que no reconoció la pensión de jubilación de docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por no cumplir con el requisito de edad al momento de la petición, pero se ordena su reconocimiento por la administración por tener el requisito al momento de dictar sentencia

Extracto: El demandante nació el 16 de mayo de 1951 y radicó solicitud pensional el 25 de julio de 2002, es decir, al momento en que reclamó la pensión de jubilación solo tenía 51 años de edad, lo que implica que no cumplía los requisitos para acceder a su reconocimiento con base en las normas que le son aplicables, ley 33 de 1985, lo que da lugar a negar su prestación. Sin embargo, como al momento de proferir esta sentencia, el demandante ya debió completar el requisito de los 55 años de edad, se ordenará a la entidad demandada que, si no ha dispuesto el reconocimiento de la pensión, adelante los

trámites correspondientes para ese efecto. En las anteriores condiciones, al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos demandados, deberá confirmarse la sentencia proferida por el a quo, que denegó las pretensiones de la demanda.

Sentencia de 7 de marzo de 2013, Exp. 68001-23-31-000-2003-00650-01(2401-11), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento

2. Para que proceda la indexación de la primera mesada pensional se requiere pérdida del poder adquisitivo

Síntesis del caso: Se solicita por el demandante el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, a lo cual no accede la Sala por no haber operado la depreciación en el caso específico.

Extracto: La indexación de la primera mesada se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento; sin embargo, en casos como el que se analiza, en que el retiro del servicio y el cumplimiento de todos los requisitos para acceder al derecho pensional se cumplieron en el mismo año, e incluso, el reconocimiento también se efectuó en él, no puede hablarse de pérdida del poder adquisitivo del ingreso base con que se liquidó la pensión, pues no transcurrió un tiempo que diera lugar a la referida depreciación; por el contrario, al haber sido reconocida la pensión en el 100% del salario, de acuerdo con la convención colectiva que lo cobijaba, siguió percibiendo la misma remuneración que hubiera seguido recibiendo, en caso de haber continuado laborando.

Sentencia de 7 de marzo de 2013, Exp. 76001-23-31-000-2008-01205-01(1995-11), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento

3. Se niega nulidad del Decreto 1158 de 1994 y artículo 6 del Decreto 691 de 1994, que señala el salario mensual base de cotización al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos

Síntesis del caso: Se demandan los actos administrativos referenciados por considerar que modifica lo ley marco de salarios, Ley 4 de 1992, frente a lo cual la Sala consideró que, contrario a lo afirmado por el demandante, con su expedición se precisa y facilita la ejecución de la Ley 100 de 1993 y se efectivizan los principios de solidaridad y universalidad en materia de seguridad social.

Extracto: Tanto el Decreto 691 de 1994, en cuyo artículo 6° se dispone que para calcular la base de cotización al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos se tendrán en cuenta la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica, las primas de antigüedad, cuando sean factor de salario, la bonificación por servicios prestados, la remuneración por dominicales y trabajo suplementario cuando sea del caso, así como el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 que lo modificó, son normas administrativas de naturaleza reglamentaria, para la cumplida ejecución de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5° de la Ley 797 de 2003. No son normas entonces de desarrollo de la Ley 4ª de 1992, Ley Marco que en materia salarial expidió el Congreso de la República. Por ello es evidente entonces que contrario a lo afirmado por el actor, las normas acusadas no le introducen ninguna modificación a la Ley 4ª de 1992, sino que simplemente se contraen a precisar y facilitar la ejecución de las normas legales establecidas en la Ley 100 de 1993 en materia de seguridad social, para hacer efectivo el principio de solidaridad y de universalidad mediante la cotización de los empleados públicos, tanto en materia de pensiones como en lo atiente a la salud.

Sentencia de 28 de febrero de 2013, Exp. 11001-03-25-000-2008-00125-00(2739-08), M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Acción de nulidad

4. Se declara nulidad parcial del artículo 5 del Decreto 1171 de 2004, que regula el reconocimiento de la bonificación de los docentes que prestan servicio en áreas rurales de difícil acceso

Síntesis del caso: La demanda se sustenta en el argumento que el reconocimiento de la mencionada bonificación docente no puede condicionarse a la existencia de la disponibilidad presupuestal, afirmación que encuentra acertada la Sala y frente a lo cual precisa que es un requisito de pago exclusivamente.

Extracto: Si se reúnen las condiciones previstas para que el Docente o Directivo Docente se haga acreedor a este estímulo de carácter económico, tendrá entonces el derecho a su reconocimiento por parte de la entidad territorial correspondiente, sin que ello implique que con el acto administrativo que así lo declare se efectúe el pago correspondiente. Así las cosas, si son actos distintos la prestación del servicio en áreas rurales y alejadas del territorio nacional y el surgimiento del derecho al estímulo económico consistente en una bonificación que daría origen al pago de la misma, no pueden confundirse como si fuesen lo mismo el reconocimiento y el pago de la bonificación establecida en el artículo 5° del Decreto 1171 de 2004. De ahí que la existencia de previa disponibilidad presupuestal, no puede ser un requisito para reconocer el derecho, que surge de la labor diaria del Docente, desempeñada en regiones apartadas y condiciones inhóspitas del territorio nacional. En virtud de lo dicho, habrá entonces de declararse la nulidad de la expresión acusada por ser contraria a la protección al trabajo en todas sus modalidades que ordena el artículo 25 de la Constitución Política y por establecer un requisito no exigible conforme a las normas constitucionales que regulan la legalidad del gasto público, por la confusión en que se incurre entre reconocimiento y pago de una obligación.

Sentencia de 28 de febrero de 2013, Exp. 11001-03-25-000-2008-00065-00(1859-08) BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Acción de nulidad

5. La asignación básica de personero municipal corresponde al 100% de lo devengado por el alcalde del respectivo municipio.

Síntesis del caso: Se solicita el reajuste salarial y de las prestaciones sociales por el Personero del Municipio de California (Santander) correspondientes al año 1995, pretensiones a la que accede la Sala, por cuanto, la asignación básica de mencionado servidor público debe corresponder con lo que devengue por dicho concepto el respectivo Alcalde Municipal.

Extracto: El Personero municipal devenga como asignación básica el 100% de lo percibido por este concepto por el Alcalde del municipio, sin importar la categoría de la entidad territorial en la cual preste su servicio. Del contenido de los certificaciones que se acaban de transcribir es dable concluir que a la Personera del municipio de California, no se le pagó en el año 1995, de conformidad con la Ley y el pronunciamiento de constitucionalidad del artículo 177 de Ley 136 de 1994, pues sólo se le reconoció el 70% del salario devengado por el Alcalde del municipio. En consecuencia atendiendo a la prueba documental recepcionada, es dable afirmar que el acto administrativo ficto demandado debe ser declarado nulo, pues quedó demostrado que a la señora Diana Himer Rojas Tarazona se le adeuda el reajuste salarial pues el pago mensual para el año 1995, específicamente para el periodo comprendido entre el 22 de abril y el 31 de diciembre de 1995 no fue el correspondiente al 100% del salario devengado por el Alcalde municipal. Corolario de lo anterior, las prestaciones sociales tampoco fueron liquidadas en debida forma y en virtud de ello hay lugar al restablecimiento del derecho solicitado sujeto a la prescripción que pasa a analizarse.

Nota de Relatoría: En la providencia igualmente se señala el marco normativo aplicable en materia de salarios y prestaciones sociales del personero municipal, la entidad a cargo de su reconocimiento y pago,

asimismo, desde cuando es exigible la prima de navidad y de vacaciones y la aplicación del régimen retroactivo de cesantías a nivel territorial, la sanción moratoria y el término prescripción de las prestaciones sociales.

Sentencia de 25 de abril de 2013, Exp. 68001-23-15-000-1999-01358-01(0088-09), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento

6. Incorporación provisional a la planta de personal con ocasión de la implementación del sistema general de participaciones de los docentes que se encontraban en la modalidad de servicio temporal

Síntesis del Caso: Se niega nulidad del acto de insubsistencia de docente que fue incorporado a la planta de personal en provisionalidad, por contar con una vinculación temporal con el servicio al momento de la implementación del Sistema General de Participaciones, que no otorga derechos de carrera y por acreditarse que su expedición fue debidamente motivada.

Extracto: La Ley 715 de 2001, estableció en sus artículos 34 y 38 la forma como quedarían organizadas las plantas de personal del servicio docente y la forma como estas serían provistas. Al respecto, se dispuso, en las citadas normas, que el personal docente que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 715 de 2001 hiciera parte del sistema de la carrera docente continuaría contando con los derechos y prerrogativas de la carrera en los términos previstos en el Decreto 2277 de 1979, antiguo estatuto docente, esto con el fin de asegurar la oportuna y eficaz prestación del servicio docente. Y de igual forma, se dispuso que los docentes que venían vinculados mediante contratos de prestación de servicios u otra modalidad temporal de servicios podían ser incorporados, provisionalmente, en las nuevas plantas de personal docentes dispuestas conjuntamente por los entes territoriales y el gobierno nacional, sin que ello en ningún caso les otorgara en forma automática los derechos propios del sistema de la carrera administrativa docente. Bajo estos supuestos, se encuentra debidamente acreditado que la señora Mercedes Ramírez Méndez no contaba con los derechos y prerrogativas propios del sistema de la carrera docente dado que su incorporación, a la planta docente del Departamento del Tolima, se efectuó en provisionalidad, por ministerio de la Ley 715 de 2001. Estima la Sala que no le asiste la razón a la demandante cuando sostiene que el Decreto 0293 de 14 de junio de 2005, por el cual se declaró insubsistente su nombramiento, carece de motivación toda vez que, resulta evidente que dicha decisión tuvo por objeto permitir que los cargos que hasta la fecha había sido provistos en provisionalidad lo fuera finalmente en propiedad.

Sentencia de 2 de mayo de 2013, Exp. 73001-23-31-000-2005-01098-01(0233-09), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento

7. Se declara la nulidad del acto administrativo de insubsistencia tácita proferido por EMCALI E.I.C.E. ESP, al configurarse la desviación de poder

Síntesis del caso: Se solicita la nulidad del acto que declaro la insubsistencia tácita del Jefe del Departamento de Peticiones, Quejas y reclamos de EMCALI E.I.C.E. ESP, dado que se expidió 4 meses antes de las elecciones para Presidente de la República, vulnerando el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 y las normas que regulan la función de representación legal de las empresas de servicios públicos intervenidas.

Extracto: Tal como aparece probado en el proceso, el acto de nombramiento de la persona que reemplazó a la demandante, fue emitido el 10 de febrero de 2006, por el Agente Especial Designado por la SSPD, precisamente cuando estaba próximo a celebrarse el certamen comicial, el 28 de mayo de 2006; es decir, que la declaratoria de insubsistencia se produjo por parte del Agente Especial, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones para Presidente de la República, con lo que resulta ser evidente no solo la infracción a lo estipulado por el Parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, sino además, la

vulneración a las normas que regulan su función de representación legal de las empresas de servicios públicos domiciliarios sujetas a intervención. De igual modo, no pasa desapercibido para la Sala, que además de que la declaratoria de insubsistencia tácita se constituyó *contra legem*, en el proceso tampoco existe prueba alguna que contradiga sobre la capacidad que le asistía a la actora para continuar ejerciendo su labor en el cargo, aunado a que la empresa demandada de ninguna manera justificó las razones por las cuales la permanencia de la actuante en el cargo resultaba ser inconveniente; con lo que a todas luces su retiro se produjo en forma ilegal, caprichosa y arbitraria. Desde esta óptica entonces, se determina con total claridad la configuración del vicio alegado de desvío de poder.

Sentencia de 17 de abril de 2013, Exp. 76001-23-31-000-2006-01754-01(0900-11), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

8. Al fungir como funcionario encargado de hecho de forma irregular, se debe cancelar el salario que corresponde al cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital de Usme Nivel 1

Síntesis del caso: Se demanda la nulidad del oficio proferido por la Empresa Social del Estado Hospital de Usme Nivel I de Atención, que negó la petición de reconocimiento de pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos derivados del desempeño como gerente encargado de la demandada, entre el 21 de diciembre de 2004 y el 3 de diciembre de 2006.

Extracto: La Sala reitera en esta oportunidad la tesis que ha hecho tránsito en el derecho administrativo y los presupuestos para que se reconozca la existencia de un funcionario de hecho, que puede descubrirse en diferentes escenarios, como por ejemplo, en el acto de elección, nombramiento o en la diligencia de posesión de un servidor público, e inclusive cuando se ejerce el cargo, o vencido su periodo. En conclusión, existen funcionarios de hecho que (i) que carecen de investidura o (ii) que la tienen, pero de manera irregular y los requisitos esenciales para la configuración del funcionario de hecho son que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercida irregularmente, pero, en todo caso, el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiere desempeñado un empleado designado regularmente.(...) Por lo expuesto, es incuestionable que el actor tiene derecho a percibir las diferencias generadas por la remuneración asignada al cargo de Gerente Código 085 Grado 02 de la Empresa Social del Estado Hospital de Usme Nivel I de Atención, pues desempeño dicho empleo con posterioridad a la terminación del encargo, desde el 21 de junio de 2005 hasta el 3 de diciembre de 2006, situación que impone acceder a las pretensiones de la demanda en lo referente al pago de las diferencias salariales y prestacionales existentes. Es así en tanto que para eventos como el presente lo que se reconocen son los salarios y prestaciones dejados de devengar, derechos inherentes a una relación laboral que ya existía entre el actor y la entidad accionada, en la que se desempeñaron funciones de un cargo de superior categoría.

Sentencia de 7 de marzo de 2013, Exp. 25000-23-25-000-2008-00203-01(1571-10), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

9. El Alcalde del Municipio de Candelaria, al nombrar el gabinete, no exigió los requisitos mínimos legales necesarios para el desempeño de los cargos, incurriendo en falta grave

Síntesis del caso: Se demanda la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Procuraduría General de la Nación, por medio de los cuales fue sancionado disciplinariamente el señor Óscar Fernando López Valencia en el cargo de Alcalde del Municipio de Candelaria.

Extracto: La Sala encuentra razonable que la Procuraduría haya desestimado los argumentos expuestos por el disciplinado relacionados con el desconocimiento del Decreto que contenía el manual de funciones y requisitos de la planta de personal con la cual conformaría su gabinete, porque además de lo expresado por ese Órgano de Control Disciplinario, a pesar de no ser profesional del derecho, al momento de tomar posesión del cargo, juró cumplir la Constitución y las leyes, lo cual le imponía la obligación de cerciorarse de su contenido, en temas tan elementales como el que ocupa nuestra atención. En estas condiciones,

para el nombramiento de quienes lo acompañarían en su administración, resultaba básico realizar una averiguación respecto a los requisitos necesarios para el desempeño de tales cargos, puesto que normalmente una persona, aún sin conocimiento de la materia, sabe o puede intuir sin mayores esfuerzos mentales, que para ocupar cualquier cargo en la administración municipal, se deben cumplir unos requisitos mínimos. Tal omisión, en las circunstancias anotadas, no tiene justificación legal alguna, y por ende, no podía haber sido exonerado de responsabilidad de tipo disciplinario, por la causal de justificación invocada.

Sentencia de 24 de enero de 2013, Exp. 11001-03-25-000-2012-00021-00(0081-12), M.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

10. Destituyen a Concejal Municipal de Pasto por constreñir a un contratista para que entregara parte de sus honorarios a otra persona

Síntesis del caso: Requiere la nulidad de las decisiones de la Procuraduría General de la Nación, por medio de las cuales destituyo al señor Eduardo Vicente Paz Estrada como Concejal Municipal de Pasto por incurrir en el delito de concusión.

Extracto: En atención a que, dentro del proceso disciplinario se probó que el señor Paz Estrada valiéndose de su condición de Concejal del Municipio de Pasto incurrió en la conducta tipificada como concusión en el Código Penal, al constreñir a una contratista puesta a su disposición para que diera parte de sus honorarios (\$390.000) a otra persona, quien laboraba para su servicio en un establecimiento de comercio de su propiedad. Es así como, al interior del proceso disciplinario de manera acertada se demostró la vulneración del precepto legal antes mencionado por parte del demandante Eduardo Vicente Paz Estrada, sin que haya podido desvirtuarlo.

Sentencia de 7 de marzo de 2013, Exp. 11001-03-25-000-2011-00057-00(0182-11), M.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

11. Se declaran la nulidad de los actos administrativos que destituyeron al Concejal Municipal de Dosquebradas, por no estar probado que cobró honorarios por asistir a sesiones en donde no se debatieron proyectos

Síntesis del caso: Al no probarse que el señor Álvaro de Jesús Restrepo Arenas Concejal del Municipio de Dosquebradas, cobró honorarios en forma indebida por asistir a las sesiones del Concejo en el año 1999 donde no se debatieron proyectos de acuerdo y, por ende, de corta duración. Solicitó la nulidad de las decisiones de la Procuraduría General de la Nación, por medio de las cuales lo destituyeron del cargo de Concejal.

Extracto: El artículos 65 de la Ley 134 de 1994 fue claro en señalar que los honorarios se causan por la asistencia comprobada de los concejales a las sesiones plenarias, y así lo reiteró el artículo 84 del Reglamento del Concejo municipal de Dosquebradas (fls. 235 y s.s. del cuaderno 1 del proceso disciplinario), disposición última que precisó que cuando estas no se realizan por razones ajenas a la voluntad de los concejales, el secretario de la Corporación dejará la constancia, y se computará para el pago de honorarios. Entonces no resulta censurable que el demandante hubiera recibido honorarios por haber asistido a sesiones plenarias donde por razones ajenas a su voluntad no debatieron o aprobaron acuerdos, pues conforme a lo probado en este asunto, su comportamiento no contrarió las disposiciones anteriormente citadas, pues estas permitían su reconocimiento, y por esa razón resulta atípica la conducta que se le atribuyó en el proceso disciplinario.

Sentencia de 7 de marzo de 2013, Exp. 66001-23-31-000-2005-00126-02(0001-09), M.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

SECCIÓN TERCERA

1. Las reformas legislativas recientes dan trato unificado al “Llamamiento en Garantía” y la “Denuncia del Pleito”, para efectos de la vinculación procesal de terceros

Síntesis del caso: *En 1994, la empresa AJ y Compañía Transportadores S. A. presentó demanda de acción de reparación directa contra la Nación - Ministerio del Interior y de Justicia - Dirección Nacional de Estupefacientes, por la utilización de un vehículo de propiedad de la Comercializadora por terceros en hechos fraudulentos, durante el periodo que estuvo aprehendido por la Dirección de Estupefacientes. En la contestación de la demanda, la parte demandada formuló denuncia de pleito.*

Extracto: “[E]l artículo 217 del Código Contencioso Administrativo consagra la posibilidad de convocar forzosamente, en los procesos que se adelanten por controversias contractuales y de reparación directa, a terceros a partir de las figuras de la denuncia del pleito o llamamiento en garantía, siempre que se proceda de tal manera dentro del término de fijación en lista. (...) en lo que concierne al trámite procesal que deben surtir (...) se encuentra que en ambos se aplica lo dispuesto en los artículos 54, 55 y 56 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que el escrito en que se formule, y en el que se debe acompañar prueba sumaria del derecho a convocar al tercero así como de la existencia y representación, (...) En lo concerniente a los aspectos sustanciales, debe indicarse que resulta estéril establecer dos (2) figuras diferentes para regular situaciones casi que idénticas, pues, de lo que se trata, en ambos casos, es la vinculación forzada de un tercero al proceso al existir un vínculo material que le ata a alguna de las partes (...) la distinción de estas dos figuras no encuentra actualmente mayor respaldo en la práctica, dado que estos dos conceptos “*comparten una misma base jurídica, [y] sus diferencias resultan prácticamente imperceptibles y se derivan más bien de discusiones doctrinales históricas*”, (...) En similar sentido se ha pronunciado esta Corporación al señalar que “*en el derecho colombiano la denuncia en el pleito es equivalente al llamamiento en garantía*”, mientras que a su turno la Corte Suprema de Justicia ha señalado de artificial e inoficiosa esta distinción, (...) Como consecuencia de las anteriores apreciaciones, que abogaban por el trato unificado de la cuestión, las recientes codificaciones procesales, (...) han puesto fin, a nivel legislativo, a la figura de la denuncia del pleito, de manera que en adelante la única fuente jurídico-procesal que permite la vinculación de terceros de manera forzosa al proceso es el llamamiento en garantía definido en el artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Nota de relatoría: En esta providencia se hacen precisiones acerca de las tercerías de denuncia del pleito y llamamiento en Garantía, en aplicación del Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del Código General del Proceso.

[Auto de 11 de marzo de 2013, Exp. 25-000-23-26-000-2011-00519-01\(45783\), M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Acción de Reparación Directa](#)

2. Existe responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado cuando se incumple el pliego de condiciones

Síntesis del caso: *Se denegaron las pretensiones de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho de asuntos contractuales, en la cual Apuestas Suamox Ltda., demandó el acto adjudicación de la Licitación Pública adelantada por la Lotería de Boyacá para la explotación de juegos permanentes (Chance), al encontrar que los criterios de calificación empleados por la entidad se ajustan a los principios de la contratación estatal.*

a. Es procedente la imputación de responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado por incumplimiento del pliego de condiciones

Extracto: “[S]e compromete la responsabilidad patrimonial de la administración (art. 90 C.P.) cuando no se adjudica al oferente que, teniendo en cuenta los factores de escogencia y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos contenida en los pliegos de condiciones presenta la oferta que resulta ser la más ventajosa para la entidad, para en cambio adjudicarle a otro que no lo merecía o abstenerse de hacerlo sin mediar un hecho que impida la selección objetiva, razón por la que habrá de reparar a aquél el correspondiente daño antijurídico ocasionado como consecuencia de la adjudicación irregular de la licitación o la abstención ilegal de hacer la misma y la privación injusta del derecho de ser contratista del Estado”.

b. Inclusión del criterio comercial como integrante en pliego de condiciones

Extracto: “[E]n el caso estudiado] el pliego de condiciones estableció en el numeral 8.5, que el objetivo del criterio comercial de la oferta es el de lograr su ajuste a los cálculos de consumo de talonarios proyectado por la Lotería de Boyacá, y que las propuestas que presenten desfase del 5% por encima o por debajo de los cálculos le implicará una reducción de cinco (5) puntos. (...) Así, interpretando razonablemente el contenido del numeral 8.5 del pliego de condiciones, para otorgarle un efecto práctico y útil a la disposición, conforme a su finalidad, encuentra la Sala que: (i) el pliego de condiciones indicaba claramente que para efectos de la evaluación de propuestas, se tendría en consideración el criterio comercial; (ii) la finalidad expresa de este criterio era lograr su ajuste a los cálculos de consumo de cajas proyectado por la Lotería de Boyacá, para que consultara la realidad de la demanda y evidenciara el conocimiento de los proponentes sobre la misma en cada una de las zonas licitadas; (iii) la fórmula matemática más razonable para calificar este criterio comporta que las propuestas que presenten un desfase del 5% por encima o por debajo de los cálculos se les habrá de reducir proporcionalmente cinco (5) puntos, dado que con ella es posible lograr el ajuste de las propuestas a los cálculos de consumo de cajas proyectado por la Lotería de Boyacá. (...) En este orden de ideas, concluye la Sala que la calificación otorgada (...) en el criterio comercial, es acorde con el sentido para el cual fue establecido en el pliego de condiciones”.

[Sentencia de 30 de enero de 2013, Exp. 15001-23-31-000-1996-06610-01\(21492\). M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH \(E\). Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho \(Actos contractuales\).](#)

3. Las controversias con relación a contratos celebrados por establecimientos públicos son de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Síntesis del caso: *Se declaró el incumplimiento de un contrato de compraventa de vehículo automotor suscrito entre el Liquidador del Establecimiento Público Fondo Nacional de Caminos Vecinales y la señora Elena Rodríguez, por cuanto la entidad accionada incumplió con la obligación de entrega material de la volqueta adquirida por la demandante.*

Extracto: “[U]na de las partes de esta controversia es el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, el cual, según el artículo 21 del Decreto 1650 de 1960, es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que, además de contar con personería jurídica, goza de autonomía administrativa y patrimonio propio. (...) De acuerdo con el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, los establecimientos públicos se consideran entidades estatales. Así mismo, el artículo 32 de la citada Ley prescribe que los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto, ya sea que se encuentren “previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”, así como los que a título enunciativo allí se establecen, se tendrán como “contratos estatales”. Bajo esta perspectiva, observando que la presente controversia se originó en un contrato suscrito por el Fondo de Caminos Vecinales, se concluye que su conocimiento corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativo y de acuerdo con el artículo 129 del C.C.A., al Consejo de Estado en esta instancia”.

Nota de relatoría: En esta decisión se hacen, igualmente, precisiones sobre el contrato de compraventa de vehículo automotor y la transmisión de su propiedad; además del cálculo de la indexación por concepto de “autoliquidación de importación de vehículos”.

Sentencia de 27 de febrero de 2013, Exp. 25000-23-26-000-1996-02344-01(22601). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Acción de Controversias Contractuales.

*Con impedimento del Consejero Mauricio Fajardo Gómez

4. Las Entidades Prestadoras de Servicios en Salud tienen la obligación de elaborar y actualizar la historia clínica de los pacientes. Su omisión genera falla del servicio

Síntesis del caso: Se declaró administrativa y patrimonialmente responsable al Seguro Social por los perjuicios ocasionados a una paciente que fue atendida e intervenida quirúrgicamente por esa entidad, y se determinó que existió una falla del servicio al generarse un evento adverso, no esperado o anormal, que devino en el desprendimiento del nervio motor ocular izquierdo.

Extracto: “[E]sta Sala considera que el acto médico complejo abarca también las obligaciones consagradas en la ley 23 de 1981, especialmente aquellas referidas a la apertura, manejo, custodia, archivo y conservación de la historia clínica, como elemento esencial en la documentación de la actividad médica prestada en un caso concreto. Tal como lo ha establecido la Sección Tercera de esta Corporación, dicha ley, (...) contiene una serie de obligaciones a las que deben sujetarse las entidades que integran el Sistema Nacional de Salud (...) En el caso de autos, se observa que dentro de la historia clínica no se aprecia algún informe o descripción de la intervención quirúrgica practicada a la demandante, ni tampoco los informes médicos y de enfermería antes, durante y después de la cirugía, lo que se traduce en un incumplimiento de las obligaciones a las que estaba sujeta la entidad demandada de acuerdo a los preceptos consagrados en la ley 23 de 1981, así como un indicio de la falla en la prestación del servicio médico - asistencial.”

Nota de relatoría: En este fallo se analizan los requisitos y criterios que debe contener la historia clínica. De igual manera, analiza la tasación de perjuicios por daño a la salud.

Sentencia de 24 de abril de 2013, Exp. 66001-23-31-000-1999-00494-01(26923). M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Acción de Reparación Directa

*Con aclaración de voto del Consejero Enrique Gil Botero

5. Se declara la responsabilidad administrativa de entidad hospitalaria por falla del servicio médico ocasionada a paciente que presentó complicaciones post operatorias

Síntesis del caso: El 28 de abril de 1999, el señor Guillermo León Arboleda fue sometido a un procedimiento quirúrgico en el hospital Salazar de Villeta (Cundinamarca) debido a que presentaba una hernia inguinal izquierda. Durante el post-operatorio, el estado de salud del paciente no evolucionó favorablemente, sino que, por el contrario, se fue deteriorando de forma progresiva. Pese a ello, el centro hospitalario omitió poner a su disposición todos los recursos humanos y técnicos necesarios para hacer un diagnóstico oportuno y adecuado del origen de la complicación.

a. Configuración de la falla del servicio médico por mala práctica médica, error de técnica y la omisión de realizar un diagnóstico oportuno y adecuado

Extracto: “Al examinar el material probatorio aportado al proceso, la Sala encuentra evidencia concreta e incontrovertible de que la fistula colcutánea que presentó el demandante como complicación derivada de la herniorrafía inguinal que se le realizó en el hospital Salazar de Villeta el 28 de abril de 1999 no era

inherente al procedimiento quirúrgico, sino que es el resultado de una mala práctica médica. (...) Las consideraciones transcritas desvirtúan completamente la hipótesis fáctica propuesta por la entidad demandada, según la cual la fístula colcutánea que presentó el señor Guillermo León Arboleda como complicación era un riesgo inherente al procedimiento que se le practicó para el tratamiento de la hernia inguinal. Por el contrario, el texto transcrito es claro en señalar que la misma es el resultado de un error de técnica dado que los hallazgos consignados en la historia clínica hacían previsible y, por lo tanto, evitable esta situación. (...) la historia clínica muestra que la entidad pública demandada fue negligente en el tratamiento post-operatorio ofrecido al demandante dado que no actuó con rapidez, contundencia y eficacia para determinar el origen de la complicación y evitar que el estado de salud del paciente se siguiera deteriorando, tal como empezó a ocurrir de forma notoria desde el 30 de abril de 1999 (...) la Sala encuentra plenamente acreditada la falla del servicio aducida en la demanda. En primer lugar, está demostrado que el hospital Salazar de Villeta no sólo incurrió en un error de técnica durante la práctica de la herniorrafia inguinal que favoreció la aparición de la fístula, sino que el procedimiento que empleó para el tratamiento de esta complicación no fue el adecuado.”

b. Procedencia de reducir el monto de perjuicios morales y daño a la salud concedidos en primera instancia

Extracto: “En los eventos de lesiones corporales, los cuales también son fuente de reconocimiento de reparaciones pecuniarias, la cuantificación del perjuicio deberá hacerse en consideración a las condiciones en que se produjo la lesión, su mayor o menor gravedad, pero procurando dar aplicación del principio de igualdad, “lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquella y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización”. (...) Se reducirá el monto de la indemnización reconocida en la sentencia de primera instancia, para fijarla en veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, no sin antes advertir que en providencia de 9 de febrero de 2012 la Sección Tercera del Consejo de Estado, en pleno, señaló que el juez de segunda instancia está facultado para modificar o corregir lo relativo a las condenas por perjuicios morales, materiales o cualquiera otro, aunque el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada sea que se revoque integralmente la sentencia de primera instancia. (...) En cuanto al llamado “daño fisiológico”, ahora denominado, “daño a la salud”, la prueba de su existencia se encuentra en el dictamen de medicina legal que refiere que el demandante presenta una deformidad física de carácter permanente. La cuantía fijada por el Tribunal por este concepto también se reducirá a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes teniendo en cuenta que la afectación sufrida por el demandante sólo tiene consecuencias desde el punto de vista estético, y no funcional, además de que el defecto se encuentra localizado en el área abdominal, por lo cual carece de notoriedad.”

Sentencia de mayo 3 de 2013. Exp. 25000-23-26-000-2001-00572-01(26352), M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Acción de reparación directa

6. Unificación de jurisprudencia acerca de los requisitos formales observables para modificar o dejar sin efecto un pacto compromisorio celebrado por las partes en un contrato estatal

Síntesis del caso: El 25 de junio de 1996, el departamento de Casanare y el actor suscribieron el contrato de obra pública 488-96, con un plazo de 5 meses, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación de la obra y un valor de \$79'881.780. La cláusula sexta del contrato (pacto arbitral) estipuló que en caso de presentarse diferencias susceptibles de transacción se dirimirían ante un tribunal de arbitramento

a. Irrenunciabilidad tácita del pacto arbitral

Extracto: “Las normas legales vigentes que regulan los asuntos arbitrales, en cuanto a los contratos estatales se refiere, establecen la solemnidad del escrito como un requisito indispensable de la cláusula compromisoria. (...) así como las partes deciden, de común acuerdo, someter sus diferencias al

conocimiento de la justicia arbitral, empleando para ello la celebración de un pacto cuyas principales características son que sea expreso y solemne, de la misma manera aquéllas deben observar de consuno tales condiciones (forma expresa y solmene) si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de suerte que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse para cambiar lo previamente convenido, no tienen la posibilidad de escoger entre acudir a ésta o a los jueces institucionales del Estado, teniendo en cuenta que su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de árbitros. Esta tesis, que ahora acoge la Sala, no significa que el pacto arbitral celebrado entre las partes de un contrato estatal sea inmodificable o inderogable. Lo que comporta es que, para modificarlo o dejarlo sin efecto, aquéllas deben observar y respetar las mismas exigencias que las normas legales establecen con miras a la formación del correspondiente pacto arbitral, de tal suerte que, para ello, haya también un acuerdo expreso y escrito, lo cual excluye, por ende, la posibilidad de que el pacto arbitral pueda ser válidamente modificado o dejado sin efecto de manera tácita o por inferencia que haga el juez institucional, a partir del mero comportamiento procesal de las partes. Al respecto, es de recordar que “en derecho las cosas se deshacen como se hacen”.

b. Ante la falta de jurisdicción y competencia, por razón de la existencia de un pacto compromisorio, procede la declaratoria de nulidad de lo actuado

Extracto: “Cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral, de modo que, si una de las partes que concurrió a la celebración de un pacto arbitral acude al juez de lo contencioso administrativo, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, dicho acto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción, y ello supone, necesaria e indefectiblemente, que el juez contencioso al que se asigne el caso le dé aplicación rechazando la demanda o declarando la nulidad de lo actuado, esto último con apoyo en las causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P.C.”

Nota de relatoría: En esta providencia se trataron además los siguientes temas: Noción, definición y concepto de la cláusula compromisoria; la naturaleza y alcance del pacto arbitral; requisitos para que el pacto arbitral quede legalmente perfecto, así como el perfeccionamiento del pacto arbitral; la jurisprudencia existente sobre procedencia de la renuncia tácita a la cláusula compromisoria; la autonomía de la cláusula compromisoria; el principio de la planeación del contrato y los efectos de la existencia del pacto arbitral

[Auto de unificación de abril 18 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera, Exp. 85001-23-31-000-1998-00135-01\(17859\), M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Acción de controversias contractuales](#)

*** Con salvamento conjunto de voto de los doctores Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth**

a. Fundamentos extraños al ordenamiento y contrarios al mismo, que se traducen en quitar todo efecto a la extinción de la cláusula compromisoria mediante mutuo disenso tácito de las obligaciones, con la introducción de solemnidades *ad substantiam actus*

Extracto: “Mediante el negocio arbitral, en cualquiera de sus modalidades, las partes se obligan a someter a la jurisdicción arbitral diferencias relativas a intereses sobre los cuales les asiste la disposición. En cuanto obligación que es, la nacida de la cláusula compromisoria no escapa a las disposiciones generales del Código Civil, conforme con las cuales, “[t]oda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula” -art. 1625-; tampoco al entendimiento del retracto, dada la coincidencia de las partes en inexecutar las prestaciones bilaterales -art. 1618 del C.C-. Empero, el criterio mayoritario de la Sala no lo entendió así, sino que, haciendo caso omiso de la claridad normativa y, sin fundamento, introdujo una exigencia no prevista en la norma, en el sentido de que la obligación nacida de la cláusula compromisoria

contenida en el contrato estatal requiere para su extinción el mutuo disenso expreso, desconociendo los efectos de la conducta concluyente en la interpretación de las obligaciones. (...) la posición mayoritaria pasó por alto los criterios universalmente aceptados tendientes a que, en cuanto la obligación apareja la restricción de la libertad, la revocatoria, así fuere tácita, disuelve y deja sin efectos el acto jurídico otorgado por quienes participaron en su generación. En ese orden, resulta reprochable que el juez, con un criterio equivocado como la socorrida solemnidad del contrato estatal, someta la liberación de las partes de la cláusula compromisoria a las formalidades dispuestas por la ley para la creación del vínculo obligacional. (...) La decisión mayoritaria se funda en que en cuanto el contrato estatal que contiene la cláusula compromisoria debe perfeccionarse mediante escrito, idéntica formalidad debe dar vida jurídica al mutuo disenso expreso para dejar sin efectos la obligación creada. Siendo de naturaleza y efectos distintos el negocio creador de la obligación y el negocio liberador de las partes, no es posible aplicar por vía extensiva o analógica a la extinción de la obligación los requisitos exigidos para la formación de la fuente creadora, sin incurrir en los injustificables errores en los que se funda la posición mayoritaria de la cual nos apartamos.”

b. Con la jurisprudencia unificada se establecieron límites reservados a la ley que restringen el derecho fundamental de acceso a la justicia en lo contencioso administrativo

Extracto: “Nada más ilusorio frente a la eficacia del derecho de acudir libremente al juez estatal, al carácter temporal de la obligación y a la habilitación voluntaria del juez arbitral suponer que quien inicialmente pretendió resolver sus conflictos por este medio no cuente con la posibilidad de acceder a la justicia estatal por su mera liberalidad. La pérdida de las proporciones en esa materia le impidió a la posición mayoritaria ver con claridad que la habilitación mediante el negocio arbitral se requiere para conferir la jurisdicción al juez arbitral y no para acudir ante el juez estatal, pues la habilitación ante este último la garantiza el artículo 229 Constitucional al margen del poder habilitante de las partes, sin ninguna restricción cuando el mutuo disenso indica sin hesitación que no se acudió a la justicia arbitral. (...) los efectos procesales de la cláusula compromisoria que invocó la posición mayoritaria para impedir al actor el acceso a esta jurisdicción no son de tal entidad que anulen la operatividad de la excepción, como mecanismo de defensa y carga procesal que debe cumplir el demandado. De donde resulta que no le es permitido al juez, sin vulnerar la autonomía de la voluntad privada, sustituir al demandado en el cumplimiento de la carga procesal aparejada a la proposición y prueba de la excepción e imponer unilateralmente a las partes el deber de mantenerse vinculados por los efectos de un negocio arbitral sobre los cuales convinieron en su extinción con el ejercicio de la acción contencioso administrativa y la renuncia del demandado a hacer valer la cláusula compromisoria, tal como lo autorizan las disposiciones del artículo 116 Constitucional y 1625 de la codificación civil.

c. Los cambios de la jurisprudencia consolidada no pueden aplicarse con carácter retroactivo sin vulnerar las garantías a la igualdad y a la confianza legítima en las decisiones judiciales

Extracto: “Con la decisión mayoritaria se cambió la línea jurisprudencial mantenida pacíficamente por la Sección Tercera desde la sentencia del 16 de junio de 1998, reiterada en las sentencias del 19 de marzo de 1998 y 23 de junio de 2010, citadas en el texto del fallo del que nos apartamos, vigente al momento de la presentación de la demanda el 4 de agosto de 1998; acogida por la Ley 1563 de 2012 y de pacífica aceptación doctrinal. De donde, no fue la existencia de criterios dispares en la jurisprudencia lo que movió a la mayoría a la unificación de la que disintimos, sino un voluntarismo que raya en la arbitrariedad. No desconocemos que en ejercicio de la función de unificar la jurisprudencia la Sala puede modificarla, propendiendo en todo caso por la mejor eficacia en la protección de los derechos de las personas, como lo exige el artículo 2º de la Constitución Política. Empero, en el ejercicio de esa potestad no le es permitido al juez hacer caso omiso de los derechos de igualdad y confianza legítima que les garantizan a los usuarios del servicio de justicia el derecho a recibir el mismo trato y a que no se le vulneren las expectativas legítimas que pueden derivarse frente a las decisiones judiciales.

7. Se reitera la aplicación de la teoría del daño especial, por el ejercicio de la labor de la Fuerza Pública, cuando se impone una carga desigual a la ciudadanía

Síntesis del caso: *A partir del violento intento de fuga que adelantaran internos de la Cárcel del Circuito de Arauca el 26 de febrero de 1999, un funcionario del INPEC, quien se desempeñaba como Asesor Jurídico del sitio de reclusión, sufrió una afectación psicológica denominada “síndrome de estrés postraumático”, que se manifestó, entre otras, en la disfunción de su miembro viril, y afectaron permanente y parcialmente su capacidad laboral en un 41,3%, terminaron por proyectarse en las relaciones cotidianas con su entorno.*

Extracto: “el análisis de los hechos arroja como resultado la ocurrencia de un daño, que a todas luces tiene la característica de ser anormal y excepcional, es decir, un daño antijurídico que el grupo de demandantes no tenía la obligación de soportar, en cuanto se le impuso una carga claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia de la labor estratégica de mantenimiento del orden público que cumplía el Estado por medio del poder, la función y la fuerza de policía. (...) considerar los actos de violencia contra la Nación como el hecho exclusivo de un tercero, en términos del mal llamado nexo de causalidad, implicaría condenar a la impotencia a la población, dado que quien tiene el deber jurídico de protegerla, porque tiene el monopolio legítimo de la fuerza, es el Estado, encarnado en sus fuerzas militares y de policía -y en este caso del INPEC-. En todo evento que pueda tener ocurrencia y que vaya dirigido contra la sociedad en su conjunto, y no obstante su carácter de absolutamente injustificable, sería utópico pretender que los ciudadanos no tienen el deber de soportar las cargas que su ocurrencia implica. (...) La teoría del daño especial es conveniente, no solo porque brinda una explicación mucho más clara y objetiva sobre el fundamento de la responsabilidad estatal, sino por su gran basamento *iusprincipialista* que nutre de contenido constitucional la solución que en estos casos profiere la justicia contencioso administrativa. Sin descartar desde luego, que en algunos eventos equivalentes, podrán aplicarse los otros regímenes de responsabilidad -falla del servicio y riesgo excepcional-, si las facticidades que se juzgan así lo reclaman, pues se itera, la teoría del daño especial es subsidiaria, en el entendimiento de que sólo se aplica, si los hechos materia de juzgamiento no encuentran tipicidad, en alguno de aquéllos otros sistemas de responsabilidad administrativa a los que ya se aludió.”

Nota de relatoría: En esta providencia se trataron además los siguientes temas: Valor probatorio de las copias simples; reiteración jurisprudencial sobre la aplicación del *arbitrio juris* para la tasación de los perjuicios morales y la improcedencia de aplicar el principio de proporcionalidad

[Sentencia de abril 23 de 2013, Exp. 07001-23-31-000-2000-00118-01\(26621\), M.P. ENRIQUE GIL BOTERO. Acción de reparación directa](#)

* Con aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

8. Se ordena pagar perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a concursante que no fue nombrado a pesar de ocupar el primer puesto en concurso de méritos

Síntesis del caso: *El 18 de noviembre de 1998, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca abrió el concurso público para la provisión del cargo de profesional especializado código 3010, grado 21 en la sede central de la entidad, ubicada en la ciudad de Bogotá. El 28 de mayo de 1999, la entidad demandada publicó los resultados finales del concurso, dentro de los cuales el señor Martín Eduardo Torres Ochoa ocupó el primer puesto en la lista de elegibles, la cual quedó en firme. No obstante, el 18 de octubre siguiente, la entidad informó, mediante un aviso de prensa, que el proceso de selección había quedado sin efectos como consecuencia de la sentencia C-372 de 1999 de la Corte Constitucional, que declaró la inexecutable del artículo 14 de la Ley 443 de 1998.*

Extracto: “El señor Martín Eduardo Torres Ochoa pretende que se incremente el monto de la indemnización reconocida en la sentencia de primera instancia por concepto de lucro cesante. Considera que si bien fue acertada la decisión del Tribunal de declarar la responsabilidad administrativa de la

Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca -CAR- por haber desconocido el derecho que adquirió a ser nombrado en el cargo de profesional especializado código 3010 grado 21 tras haber ocupado el primer puesto de la lista de elegibles, la indemnización que por derecho le corresponde no puede calcularse tomando sólo en consideración los salarios que devengaría durante los cuatro meses del periodo de prueba porque el cargo que ocupaba (profesional especializado código 3010 grado 16) era del mismo nivel al del cargo para el cual concursó (profesional especializado código 3010 grado 21), de manera que le eran aplicables las disposiciones del inciso segundo del artículo 45 del Decreto 1572 de 1998. (...) la Sala considera que le asiste razón a la parte actora cuando señala que la indemnización a la que tiene derecho no puede calcularse tomando como base los salarios que hubiera devengado durante los cuatro meses del periodo de prueba (...) Dado que el demandante no estaba obligado al cumplimiento del periodo de prueba, el tiempo que se tomará en cuenta para determinar el monto de los salarios que dejó de percibir es de un (1) año, el cual corresponde al plazo que la ley establece para la calificación de desempeño de los empleados de carrera (Decreto 1572 de 1998, artículo 111). Se entiende así que transcurrido dicho plazo el perjuicio dejaría de ser cierto para convertirse en hipotético o eventual porque la permanencia del actor en el cargo de profesional especializado código 3010 grado 21 no estaba garantizada sino que dependía de los resultados que obtuviera en la correspondiente evaluación de desempeño, la cual se realiza anualmente y es obligatoria para los empleados inscritos en la carrera administrativa.”

Nota de relatoría: En esta providencia se trataron además los siguientes temas: Régimen de carrera administrativa; estabilidad y privilegios en el sistema de carrera administrativa; definición de cargos y noción, definición o concepto de cargo de superior jerarquía pero del mismo nivel y la presunción legal del concursante escalafonado en carrera administrativa y la omisión de desvirtuarla por parte de la parte demandada.

Sentencia de febrero 28 de 2013. Exp. 25000-23-26-000-2000-01052-01(24552), M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Acción de reparación directa

9. Se exoneró de responsabilidad a las Fuerzas Militares, por la muerte del asistente que acompañaba al Ex candidato Presidencial Álvaro Gómez Hurtado el día del atentado contra su vida

Síntesis del caso: El día 2 de noviembre de 1995 en atentado contra el Dr. Álvaro Gómez Hurtado, también murió el Señor José del Cristo Huertas Hastamorir, perjuicios que originaron demanda de reparación directa por sus familiares, negada por juez contencioso, al considerar que las pruebas de proceso penal aportadas por la presunta participación de agentes de la Fuerza Pública en el homicidio, evidenciaron que las investigaciones penales culminaron con sentencias absolutorias, quedando sin fundamento y sin pruebas que acreditaran la alegada participación de uniformados en los hechos.

Extracto: “Con base en las pruebas aportadas en esta instancia de decisión, se tiene que las investigaciones adelantadas contra René Carvajal López, Bernardo Ruíz Silva, Omar Berrío Loaiza, Henry Berrío Loaiza, Carlos Alberto Gaona Ovalle y Franklin Gaona Ovalle, por los hechos en los que perdió la vida el señor Huertas Hastamorir, resultaron en sentencias absolutorias. En consecuencia, los hechos en los que se basó la demanda quedaron sin fundamento pues no se logró demostrar la alegada participación ni de los agentes identificados por la parte demandante, ni de otros agentes estatales, tal y como lo sostuvo el Ministerio Público en el concepto que rindió ante esta Corporación. Ahora bien, es preciso indicar que aun cuando reposa en el plenario copia de la sentencia condenatoria contra Héctor Paul Flórez Martínez en su condición de coautor material de los delitos de que da cuenta la acusación, su condición de agente del Estado no se encontró probada en el proceso. (...) independientemente que el caso de autos se analice desde la perspectiva del régimen de responsabilidad de riesgo excepcional o desde el de falla en el servicio, en lo que se refiere a la supuesta utilización de vehículos oficiales, armas de dotación oficial y recursos provenientes del Fondo Rotatorio del Ejército para fines criminales, ninguna prueba obra en el plenario que permita siquiera inferir lo dicho en la demanda tal y como lo advirtió el Ministerio Público, pues si bien inicialmente se investigó la conducta de algunos miembros de la fuerza pública como presuntos partícipes responsables de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo, tentativa de homicidio, concierto para delinquir y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas con base en las averiguaciones realizadas por los

investigadores de la fiscalía, todas quedaron desvirtuadas pues finalmente, ninguno fue condenado por dichos delitos dentro de la causa en la que se investigaron los hechos que sirvieron de fundamento a la presente demanda, y en consecuencia, no puede endilgarse responsabilidad en la Nación por los mismos.

Sentencia de 8 de mayo de 2013, Exp. 25000-23-26-000-1998-01036-01(23016), M.P. OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ. Acción de reparación directa.

* Con aclaración de voto de los Doctores Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Enrique Gil Botero

10. El Principio de buena fe debe ser respetado en todo el proceso de contratación estatal por las partes involucradas

Síntesis del caso: Mediante acto administrativo, se declaró desierta licitación pública, cuyo objeto era la construcción de la biblioteca departamental del Municipio de Riohacha, por encontrar que la Sociedad Ávila Limitada incorporó información en relación con la capacidad financiera con marcadas discrepancias frente a la de la declaración de renta del año 1998, lo que conllevó a que la entidad estatal no seleccionara y rechazara la propuesta formulada, por no cumplir el presupuesto ineludible e indispensable de la buena fe, razones por las que el juez contencioso de segunda instancia, revocó la sentencia favorable del Tribunal Administrativo de la Guajira.

Extracto: “Tal como se indicó con amplitud en la exposición del marco teórico en el cual se encuentran los elementos necesarios para la solución del presente caso, merecen las mayores importancia y atención el examen del respeto al postulado de la Buena Fe, cuya observancia en todo el campo de la contratación estatal -bueno es insistir en ello- resulta obligatoria e imperativa tanto para la Administración Pública como para los particulares que actúan ante ella en su condición de proponentes o contratistas, según corresponda, al punto de que la sujeción al mencionado Principio, según se indicó, se erige en un presupuesto indispensable para que puedan tenerse como válidas las actuaciones relacionadas tanto con la decisión de adjudicación como la consiguiente celebración del respectivo contrato estatal, presupuesto que resulta más exigente aun durante el período precontractual puesto que a lo largo del mismo los interesados y oferentes, al igual que las entidades contratantes, están en el deber legal (artículo 863 C. de Co.), “... de proceder de buena fe exenta de culpa” (...) En el asunto concreto que centra la atención de la Sala, es fácil advertir que las diferencias o contradicciones entre la información de los estados financieros del proponente y la información de su propia declaración de renta, corresponden a un error inexcusable, que le generaría al mismo proponente el beneficio de atribuirle una mayor capacidad de contratación, diversa a la que realmente poseía.(...) . En este caso específico se tiene que la información financiera incorporada en la propuesta de la sociedad ÁVILA LTDA., registró profundas y marcadas discrepancias frente a la misma información que esa misma sociedad incluyó en su propia declaración de renta, correspondiente al año de 1998”.

Sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp. 44001-23-31-0001999-00827-01(24059), M.P.MAURICIO FAJARDO GÓMEZ . Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

11. Se condenó al Ejército por la muerte y lesiones sufridas a indígenas menores de edad, por explosión de artefacto abandonado por miembros de la Fuerza Pública en el Cauca

Síntesis del caso: Dos indígenas menores de edad murieron y otro resultó con graves lesiones que lo dejaron con pérdida de capacidad laboral pertenecientes a la comunidad Nasa o Páez por la activación accidental de un artefacto explosivo en inmediaciones de la Vereda La Cominera, abandonado por miembros del Ejército que cumplían misión en el lugar; hechos que obligaron a sus familiares a instaurar demanda de reparación directa, solicitando indemnización por los daños ocasionados, pretensiones a las que accedió el juez contencioso de primera instancia, al acreditarse que las fuerzas acamparon en la zona de los hechos y no se estableció presencia

subversiva, negando perjuicios materiales de indígena que laboraba en agricultura, pero reconocidos por esta Corporación al resolver el recurso de apelación.

Extracto: “En el sub-lite está acreditado que una patrulla del Ejército Nacional acampó y se movilizó por la zona donde ocurrieron los hechos, la noche anterior y el día mismo en que estos acaecieron y que sus efectivos portaban, entre otros elementos, granadas, en razón de una operación que tenía por finalidad la destrucción de tres laboratorios de cocaína. Igualmente, está demostrado que, para ese entonces, no se habían suscitado confrontaciones entre la fuerza pública y algún grupo insurgente ni advertido desplazamientos de subversivos en el lugar. Se conoce, además, que el artefacto explosivo fue encontrado por los menores en una zona de libre tránsito para la población en general, misma por la que se movilizaban uniformados del Ejército (...) dado que no se estableció presencia subversiva para el tiempo de los hechos, empero sí la presencia militar, es claro que al Ejército Nacional le correspondía desvirtuar su responsabilidad. Máxime cuando: (i) el artefacto explosivo fue encontrado en una zona de libre tránsito para la comunidad y que la escuadra oficial recorrió, “más exactamente en dirección a la cominera”, la vereda a la que el mismo día de los hechos se dirigieron las víctimas y (ii) se conoce que la noche anterior, uniformados militares llevaban granadas en diferentes partes del cuerpo y que, incluso, la dueña de la casa donde éstos pernoctaron debió advertirles que olvidaban parte del material explosivo que portaban” (...) “De la prueba testimonial se infiere que la familia de los menores Víctor Lugo y Alejandro Bautista Tróchez pertenece a la comunidad indígena Nasa o Páez que basa su economía, en primer término, en la agricultura. Los ciclos vitales y las actividades cotidianas de este pueblo se encuentran determinados por el trabajo de la tierra y por las fases agrícolas. Dentro de su cosmovisión, el ser Nasa implica ser un buen trabajador de la tierra. (...) aunado al acervo probatorio recaudado, permite establecer que (i) el adolescente Víctor Lugo Bautista Tróchez estaba integrado a actividades agrícolas productivas, de las cuales derivaba una ayuda para su familia y (ii) el niño Alejandro Bautista Tróchez, ya estaba incursionando en ese mundo, acompañando y colaborando a sus padres en dichas labores, las cuales en un futuro muy próximo desarrollaría por sí solo, es evidente que hay lugar a reconocer el lucro cesante pretendido en este caso”.

Sentencia de 28 de febrero de 2013, Exp.19001-23-31-000-1999-01747-01(24691), M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Acción de reparación directa

SECCIÓN CUARTA

1. Las entidades territoriales no pueden variar el periodo de causación ni la base gravable del impuesto de industria y comercio (ICA) previstos en la Ley 14 de 1983

Síntesis del caso: *La Sala estudió la legalidad de algunas expresiones de los arts. 76, 84, 86 [1], 108 y 570 del Acuerdo 023 de 2005 del Concejo de Sincelejo, que establecían un periodo de causación bimestral para el ICA y una base gravable presunta para ciertas actividades gravadas con ese tributo, análisis que, entre otras disposiciones, concluyó con la confirmación de la anulación de los apartes acusados de los arts. 76, 108 y 570, por violación del art. 33 de la Ley 14 de 1983.*

Extracto: “Según el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, norma reproducida por el artículo 196 del Decreto Ley 1333 de 1986 y reglamentada por el artículo 7° del Decreto 3070 de 1983, el impuesto de industria y comercio se liquida sobre el promedio mensual de ingresos del año inmediatamente anterior. Se colige de lo expuesto, que el periodo de causación del tributo, esto es, el tiempo durante el cual tienen lugar los hechos sujetos al gravamen, es anual. El efecto de variar el período de causación del impuesto implica también modificar la base gravable, ya que si la causación es bimestral, la base gravable no podría ser otra que los ingresos bimestrales. Es por ello que la Sala ha advertido que el periodo de causación y la base gravable del impuesto de industria y comercio que están previstos en la Ley 14 de 1983 no pueden ser modificados por los entes territoriales”.

Sentencia de 28 de febrero de 2013, Exp. 70001-23-31-000-2007-00240-01(18340), M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad.

2. La deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos también procede respecto de las partes o repuestos utilizados para mejorar o actualizar los activos existentes

Síntesis del caso: La Sala estudió la procedencia de la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos respecto de la adquisición de la “Upgrade” para un equipo de resonancia magnética, beneficio que Idime S.A. incluyó en la declaración de renta del año 2004 y que la DIAN rechazó, por cuanto consideró que no se trataba de un activo fijo nuevo sino del reemplazo de algunas partes de un equipo de resonancia que ya existía.

Extracto: “Sobre el particular, la Sala reitera que la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos procede en la medida en que se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario y en el Decreto Reglamentario 1766 de 2004. Estas normas no excluyen del beneficio las partes o repuestos utilizados para mejorar o actualizar los activos ya existentes. Por el contrario, el inciso 3° del artículo 3° del Decreto Reglamentario 1766 de 2004 permite que la deducción especial se aplique por la adquisición de bienes que constituyan el costo de los activos fijos reales productivos construidos o fabricados por el contribuyente. En otras palabras, la deducción especial recae también sobre las partes que se utilizan en la elaboración del activo, como explicó la Sala en sentencia del 13 de septiembre de 2012, exp. 18473, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez”.

Sentencia de 29 de noviembre de 2012, Exp. 25000-23-27-000-2009-00191-01(18662), M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

3. Están gravadas con ICA las actividades de la práctica médica y odontológica, de apoyo diagnóstico y terapéutico y otras relacionadas con la salud humana cuando las prestan entidades que no hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud

Síntesis del caso: La Sala estudió la legalidad de unos códigos del art. 53 del Estatuto Tributario de Barranquilla que fijaban tarifas del ICA para las actividades de las IPS, de la práctica médica y odontológica, de apoyo diagnóstico y terapéutico y otras relacionadas con la salud humana. Confirmó la anulación del código de las actividades de las IPS, en cuanto concluyó que las IPS públicas, privadas y mixtas no están sujetas al ICA, porque hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Revocó la anulación de los códigos de las otras actividades, al considerar que sí están sujetas al gravamen cuando las prestan entidades que no hacen parte de dicho sistema.

Extracto: “Dado que las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) públicas, privadas o mixtas hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las actividades de servicios de salud que presten estas instituciones no están gravadas con el impuesto de industria y comercio, de acuerdo con la prohibición del artículo 39 numeral 2) literal d) de la Ley 14 de 1983. En consecuencia, procede la nulidad del código 8511: actividades de las instituciones prestadoras de servicios de salud, con internación, dado que no están gravadas con el impuesto de industria y comercio, independientemente de si son públicas, privadas o mixtas, de acuerdo con el artículo 39 numeral 2 literal d) de la Ley 14 de 1983. Por su parte, las actividades de la práctica médica y odontológica, de apoyo diagnóstico y terapéutico y otras relacionadas con la salud humana están no sujetas al Impuesto de Industria y Comercio, solo si son prestadas por entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por el contrario, las actividades de la práctica médica y odontológica, de apoyo diagnóstico y terapéutico y otras relacionadas con la salud humana, están gravadas con el impuesto cuando son prestadas por entidades que no hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en ese entendido, se negará la nulidad de los códigos correspondientes a tales actividades”.

Sentencia de 28 de febrero de 2013, Exp. 08001-23-31-000-2008-00193-01(18736), M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad.

* Con aclaración de voto del doctor HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

4. El Decreto 1572 de 1993 no estableció restricciones a la exportación de cigarrillos, sino que fijó requisitos para que los cigarrillos de producción nacional destinados a ser exportados puedan salir del país

Síntesis del caso: Así lo consideró la Sala al revocar un fallo que anuló los actos administrativos de la DIAN que rechazaron las solicitudes de liquidación oficial de corrección que formuló Protabaco S.A. respecto de unas declaraciones de importación, trámite que pretendía el reconocimiento y la devolución del recargo del 100% que pagó sobre el arancel. Dijo la Sala que no había lugar a la devolución con base en el párrafo 1° del art. 232 del Decreto 2666 de 1984, que prevé la exoneración del recargo cuando la autoridad competente restrinja la exportación, pues ello no ocurrió con el Decreto 1572 de 1993, que fija requisitos, dentro de un contexto diferente al del Plan Vallejo, para la exportación de cigarrillos nacionales, destinados a ese fin.

Extracto: “La Sala no observa en el texto del Decreto 1572 de 1993 la existencia de reglas que restrinjan la exportación de cigarrillos, tales como la determinación de cupos de exportación. La necesidad de establecer controles a la actividad de exportación, como la obligación del fabricante y/o exportador de incluir la advertencia en las cajetillas de cigarrillos y en los empaques que se utilicen para el embarque de “Prohibida su distribución y venta en Colombia”; o la fijación de puertos y aeropuertos como rutas de salida de la mercancía que deben atender los exportadores, o la rendición de informes mensuales sobre los volúmenes de producción de tales cigarrillos, y las existencias en bodegas o en tránsito, no implica que se esté restringiendo la exportación en los términos que ya se señalaron. Tampoco la Sala encuentra que en la Resolución No. 1265 de 1993, por la cual se reglamenta el Decreto 1572 de 1993 sobre las restricciones aplicables a las exportaciones de cigarrillos, expedida por la DIAN, se hayan establecido restricciones a las exportaciones. Si bien el epígrafe del referido Decreto 1572 lleva a confusión respecto de si se trata de restricciones a las exportaciones, la situación se aclara con lo regulado en el citado decreto, y no deja duda de que se trata de requisitos o condiciones que deben cumplir quienes estén interesados en exportar cigarrillos nacionales, de antemano destinados a este propósito”.

Sentencia de 7 de noviembre de 2012. Expediente 13001-23-31-000-1997-11702-01(18104), M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

* Con aclaración de voto del doctor HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

5. a. La solicitud de corrección de las declaraciones tributarias que disminuyen el impuesto a pagar o aumentan el saldo a favor sólo se puede rechazar por vicios de forma

Síntesis del caso: La Sala confirmó la sentencia que anuló los actos administrativos por los que el Distrito de Barranquilla modificó unas declaraciones del ICA que Fresenius Medical Care Colombia S.A. presentó en los años 2002 y 2003, rechazó la solicitud de corrección que formuló frente a las mismas y la sancionó por corrección improcedente, al considerar que no estaba exonerada del ICA, porque no tenía la calidad de EPS ni de IPS. Ello, por cuanto la Sala estimó que el Distrito excedió las facultades que le otorgó el Acuerdo 15 de 2001, dado que objetó la solicitud de corrección por aspectos de fondo y no porque se hubiera presentado en forma indebida.

Extracto: “Presentada la solicitud de corrección en debida forma, la Administración tiene 6 meses para practicar la liquidación oficial de corrección o rechazar su expedición únicamente por inconsistencias o

vicios de forma, esto, debido a que en esta etapa procesal no le está permitido realizar análisis sobre aspectos de fondo. La anterior interpretación se soporta en el contenido mismo de la norma que regula dicho procedimiento, en la cual se establece que la corrección de las declaraciones no inhibe las facultades de revisión de la Administración, precisamente porque dicho procedimiento es el que tiene por objeto examinar los aspectos de fondo relacionados con la determinación y liquidación del tributo. Por tal razón, la Administración, en el proceso de corrección de las declaraciones tributarias que disminuyan el impuesto a cargo o aumenten el saldo a favor, debe limitarse a verificar que la solicitud de corrección se haya presentado en debida forma, es decir, con el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en la norma para la procedencia de la corrección”.

b. En el proceso de corrección de las declaraciones tributarias la Administración no puede modificar la liquidación del tributo, pues ello es objeto del procedimiento de revisión del impuesto

Extracto: “[...] no resulta procedente que la Administración mediante un proceso de corrección modificara oficialmente el impuesto liquidado por el contribuyente, toda vez que para realizar dicha actuación debía iniciar un proceso de fiscalización, determinación y discusión del tributo, como le indica el artículo 205 del Acuerdo 15 de 2001 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 589 del Estatuto Tributario. En efecto, en el proceso de corrección la Administración no se encuentra facultada para modificar la liquidación del tributo, pues este asunto es objeto del procedimiento previsto para la revisión del impuesto”.

Sentencia de 24 de enero de 2013, Exp. 08001-23-31-000-2005-03516-01(19049), M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

6. No es nulo el Acuerdo 045 del 15 de diciembre de 2004, por el cual el Concejo de Medellín, entre otros aspectos, determinó el impuesto de delineación urbana en la comuna de El Poblado, barrios La Asomadera No. 1 y parte de San Diego de la ciudad

Síntesis del caso: La Sala estudió la legalidad de los artículos 1, 2 y 6 del Acuerdo 045 de 2004 del Concejo de Medellín, que establecen la forma de determinar las tarifas del impuesto de delineación urbana en el área suroriental de la ciudad, concretamente, en cuanto fijan una tarifa especial para las construcciones, reparaciones, mejoras o adiciones de inmuebles ubicados en la comuna de El Poblado, análisis que concluyó con la confirmación del fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia que negó la nulidad de las citadas normas.

Extracto: “[...] por estar dispuestos en el Decreto 1333 de 1986 los parámetros mínimos de la obligación del impuesto de delineación urbana, de conformidad con el artículo 338 de la Constitución Política, los entes territoriales gozan de autonomía para determinar la tarifa del impuesto, tal como lo hizo el Concejo de Medellín en el artículo 86 del Acuerdo 057 de 2003, adicionado por el artículo 1° del Acuerdo 045 de 2004, al indicar como hecho generador del mismo la construcción, reparación, mejora o adición de un inmueble y, como base gravable, los metros construidos, remodelados y adicionados. En el caso que se analiza, el ente territorial mantuvo el hecho generador y la base gravable dispuesta en el Acuerdo 057 de 2003, por lo que no se observa que se haya vulnerado el principio de legalidad ni el de certeza de los tributos, como tampoco que haya incurrido en desviación de poder. [...] existe claridad en las fórmulas para establecer la tarifa del impuesto de delineación urbana, pues el acto demandado explica la manera de aplicarlas y define cada uno de los elementos que deben utilizarse, sin que pueda afirmarse que no existe motivación. En el caso concreto, encuentra la Sala que para determinar las tarifas, el municipio atendió los criterios señalados puesto que, como arriba se anotó, tuvo en cuenta las diferentes condiciones de los contribuyentes del impuesto que se reflejan en el área y el índice de construcción, el uso de las viviendas y si se trata de construcción, reforma o adición, asignando un valor por metro cuadrado en cada uno de los casos. Así mismo, en los sectores a que se refiere el acuerdo demandado, las tarifas para el cobro del impuesto de delineación urbana se establecieron considerando las situaciones iguales que se presentan al interior de los mismos”.

Sentencia de 28 de febrero de 2013, Exp. 05001-23-31-000-2006-03441-01(18769), M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad.

7. El impuesto de industria y comercio sobre actividades industriales se paga en el municipio sede de la fábrica o planta industrial, sin que para ello importe el sitio de comercialización de los productos, dado que esta se grava dentro de la actividad industrial

Síntesis del caso: Así lo reiteró la Sala al confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que anuló los actos administrativos del Municipio de Santiago de Cali que modificaron la declaración del ICA que la sociedad Alfagrés S.A. presentó por el año gravable 2003, en el sentido de adicionar los ingresos obtenidos por la comercialización que de sus productos efectúa en ese municipio e imponerle sanción por inexactitud.

Extracto: “Para la Sala no es procedente que el Municipio de Santiago de Cali pretenda gravar los ingresos que obtiene la sociedad por la venta de sus productos en dicha jurisdicción, por cuanto estos forman parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio que se genera por la realización de la actividad industrial. Como se expuso anteriormente, la comercialización que realizan las empresas, de sus productos, está gravada dentro de la actividad industrial; por ende, corresponde al municipio en donde se encuentra la sede fabril gravar los ingresos que se obtienen por concepto de la comercialización, independientemente del lugar donde esta se realice. El hecho de que el contribuyente tenga establecimientos de comercio en el Municipio de Cali no implica la realización del hecho generador en relación con la comercialización de su producción, pues como se ha señalado, el destino de las mercancías o el sitio donde se suscribe el contrato de compraventa no constituyen una manifestación externa del hecho imponible, precisamente porque la ley dispuso que la comercialización que el productor realiza, de los bienes que fabrica, es una actividad industrial”.

Sentencia de 22 de marzo de 2013, Exp. 76001-23-31-000-2007-01152-01(18349), M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ (E). Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

SECCIÓN QUINTA

1. La cesación de efectos civiles del matrimonio da por terminado el parentesco por afinidad

Síntesis del caso: La Sala revocó la sentencia de 24 de julio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se declaró la nulidad de la elección de la diputada del Atlántico Merly del Socorro Miranda para el periodo 2012-2015, en razón de la inaplicación por inconstitucional del término “o ha estado casada” del artículo 47 del Código Civil.

Extracto: “ (...) La Sección, en aplicación del artículo 47 del Código Civil que define la afinidad como la existente entre una persona casada o “que ha estado casada” y los consanguíneos de su cónyuge, tendría que confirmar la nulidad de la elección que decretó el Tribunal Administrativo del Atlántico. Sin embargo, atendiendo lo expuesto en otros acápites de este providencia, la Sala inaplicará para el caso en estudio la expresión “que ha estado casada” del artículo 47 del Código Civil, para entender que el nexo de afinidad entre los señores Merly del Socorro Miranda Benavides y Alvaro Augusto Acuña Díaz para la fecha de la inscripción de la candidatura de la señora Miranda Benavides no podía tenerse como vigente, en razón a que desde mayo de 2009, acordaron ante autoridad competente cesar los efectos civiles de su matrimonio, terminando su relación marital. La razón de esa inaplicación se justifica porque aquella no resulta razonable, idónea ni necesaria para lograr el fin que se propuso el Constituyente y el legislador al estructurar la inhabilidad del artículo 33, numeral 5 de la Ley 617 de 2000 en cuanto a la coexistencia de inscripciones para el segundo grado de afinidad. Su aplicación, por el contrario, generaría una lesión grave a un derecho fundamental, en el caso en estudio el de ser elegida de la que es titular la señora Miranda Benavides y que se materializó en las elecciones que se efectuaron el 30 de octubre de 2011, pues la Sala no percibe cómo la extensión del vínculo de afinidad después de la terminación de su relación

matrimonial pudiera alterar los principios de igualdad, transparencia y moralidad en las elecciones que se registraron en el departamento del Atlántico.” (...)La posición que hoy prohija la Sala, encuentra apoyo en la Ley 1150 de 2007, que introdujo un inciso adicional al párrafo al artículo 8 de la Ley 80 de 1993 para indicar que en las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio. Ha de entenderse que cuando esta norma hace alusión al “parentesco”, es para referirse al vínculo de afinidad que precisamente es el que surge por el hecho del contrato de matrimonial o de la unión marital, por cuanto el parentesco por consanguinidad no surge de aquel y trasciende no solo la muerte de los consanguíneos sino las eventualidades de sus relaciones. En efecto, si el legislador ha decidido hoy que la inhabilidad por afinidad en materia contractual no se configurara cuando ha terminado el vínculo que lo generó, con igual o mayor razón debe considerarse que se produce el mismo efecto en el terreno del ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, por la naturaleza fundamental de este derecho”.

Sentencia de 2 de mayo de 2013, Exp. 080012331000-2011-01417-01, M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO

2. Se confirma sentencia que negó la nulidad de la elección de concejal de Tunja, demandada por supuesta violación al régimen de inhabilidades

Síntesis del caso: La Sala resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Boyacá el 30 de junio de 2012, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda a favor de la concejal del municipio de Tunja Sandra Milena Estupiñán, toda vez que su padre en su condición de presidente del Concejo municipal no era empleado público que ejerciera autoridad, razón por la cual no se configuró la inhabilidad imputada.

Extracto: “(...) La Sala verifica que si bien se encuentra probado el vínculo de parentesco de la demandada en primer grado de consanguinidad con el señor José Antonio Estupiñán Orjuela, quien dentro del año anterior a la elección de la demandada se desempeñó como Presidente del concejo municipal de Tunja, es lo cierto que, de acuerdo con lo dicho en las consideraciones generales, no ostentó la condición de empleado público, pues, se repite, por expresa prohibición constitucional los concejales no tienen dicha categoría. (...) Además, como reiteradamente se ha sostenido, de aceptarse que el Presidente del Concejo es un funcionario que ejerce autoridad administrativa o civil se resquebrajaría el orden jurídico en materia de inhabilidades de miembros de corporaciones públicas, pues ningún concejal que ocupe tal dignidad en el último año de su período podría ser reelegido ni podría aspirar a ser Diputado.”

Sentencia de 18 de abril de 2013, Exp. 1500123310002011-00623-01, M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA.

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. La inhabilidad establecida en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no desaparece aunque el servidor público directivo, asesor o ejecutivo o el miembro de la junta o consejo directivo se declare impedido

Síntesis del caso: El Ministerio de Hacienda y Crédito Público consulta a la Sala sobre el alcance de la inhabilidad para contratar con el Estado prevista en el literal d) del numeral 2º del artículo 8º de la ley 80 de 1993.

Extracto: Se concluye entonces, que la presentación de un impedimento por el servidor público directivo para no tomar parte en las decisiones de tipo contractual que puedan afectar sus intereses personales o

familiares, resulta de suyo irrelevante frente a la inhabilidad y, por lo mismo, no hace que esta última desaparezca. Hace notar la Sala que la inhabilidad o prohibición no recae en el servidor estatal sino en las personas jurídicas señaladas en la norma, de modo que las manifestaciones de aquél en relación con tal inhabilidad carecen de efecto frente a la misma. Por demás, es claro que las inhabilidades no son libremente disponibles por voluntad de las partes. Finalmente, el escenario planteado por la entidad consultante haría nugatoria e inaplicable por completo la inhabilidad por razones de interés directo o parentesco, no sólo del literal d) sino también de los literales b) y c) del numeral 2º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, pues bastaría una manifestación de impedimento por parte del servidor público directivo, para que sus empresas o sus familiares o las empresas de éstos, queden automáticamente habilitadas para celebrar contratos con la entidad que dirige o asesora. El último escenario planteado por el organismo consultante es el siguiente: ¿se aplica la inhabilidad del literal d del numeral 2 del artículo 80 de 1993 en los contratos cuyo objeto son bienes o servicios ofrecidos en condiciones uniformes o estandarizadas? Según la consulta, la respuesta sería negativa en razón de la excepción prevista en el artículo 10 de la misma ley 80 de 1993 para los contratos de condiciones uniformes.

Concepto 2113 del 25 de octubre de 2012, Exp. 11001-03-06-000-2012-00060-00(2113) M.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Levantamiento de reserva mediante Auto del 29 de abril de 2012

2. No existe fundamento legal y contractual para que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP pueda conservar la tenencia, uso y goce de bienes no destinados a la prestación del servicio de telecomunicaciones.

Síntesis del caso: Consulta elevada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones respecto de los bienes que con posterioridad a la celebración del contrato de explotación dejaron de estar afectos a la prestación del servicio de telecomunicaciones. El contrato de explotación suscrito entre las partes establece actualmente que deberán ser devueltos a Telecom y a las Telesociadas o a quien represente sus derechos.

Extracto: El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones consulta a esta Sala sobre la posibilidad de que bienes que en su momento estuvieron afectos a prestación del servicio de telecomunicaciones y que hoy no lo están, puedan considerarse como de propiedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. No existe fundamento legal y contractual para que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., pueda conservar la tenencia, uso y goce de los bienes que las entidades liquidadas no destinaban a la prestación del servicio de telecomunicaciones, sin que exista obligación legal de devolverlos ni pagar contraprestación alguna. Respecto de los bienes que con posterioridad a la celebración del contrato de explotación dejaron de estar afectos a la prestación del servicio de telecomunicaciones, el contrato de explotación suscrito entre las partes establece actualmente que deberán ser devueltos a Telecom y las Telesociadas o a quien represente sus derechos.

Concepto 2109 del 6 de febrero de 2013. Exp. 11001-03-06-000-2012-00054-00(2109), M.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Levantamiento de reserva mediante oficio recibido el 9 de mayo de 2013 del Ministerio de Tecnologías de La información y las Comunicaciones

3. El alejamiento del presunto agresor, luego de haber protagonizado los hechos de violencia intrafamiliar que afectaron los derechos de un menor, no releva de competencia a la Comisaría de Familia.

Síntesis del caso: La Sala resolvió conflicto negativo de competencias dentro del procedimiento administrativo de restablecimiento de los derechos de una niña que, presuntamente, fue víctima de abuso sexual por el entonces compañero de la madre, hechos que de acuerdo con lo dicho por la madre y la niña, ocurrieron siempre al interior de la vivienda que compartían.

Extracto: La circunstancia de que los presuntos abusos sexuales hubieran ocurrido bajo el mismo techo que compartían la niña, la madre de ella, y el compañero de la madre que es el indiciado, configura una de las hipótesis incorporadas en las definiciones legales de la violencia intrafamiliar y del maltrato infantil. En efecto, de acuerdo con el artículo 18 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el “derecho a la integridad personal” de los niños, las niñas y los adolescentes debe ser protegido “contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico”. Aun cuando el Código de la Infancia y la Adolescencia no define la violencia intrafamiliar, este concepto aparece suficientemente descrito en el artículo 4° de la ley 294 de 1996, junto con las modificaciones introducidas por el artículo 1° de la ley 575 de 2000 y el artículo 16 de la ley 1257 de 2008. Así pues, en este caso encuentra la Sala que los hechos de que dan noticia las diligencias recibidas conducen a reiterar las razones jurídicas que radican la competencia en las Comisarías de Familia, razones que se sintetizan así:

a. La ley 1098 de 2006 hace responsable al Estado “en su conjunto” del restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, cuando estén amenazados o hayan sido vulnerados, y en sus artículos 82 y 86 precisa las competencias en dos autoridades, el Defensor de Familia y el Comisario de Familia. Observa la Sala que el alejamiento del presunto agresor, luego de haber protagonizado los hechos de violencia intrafamiliar que afectaron los derechos de la niña, no releva de competencia a la Comisaría de Familia, puesto que la competencia ha sido determinada por la ley en consideración a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produce la vulneración de los derechos, frente a las cuales todo acontecimiento posterior carece de relevancia.

Decisión del 18 de abril de 2013, Exp. 11001-03-06-000-2013-00195-00 (2013- 0195), M. P. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

ÍNDICE TEMÁTICO

ACCIONES DE TUTELA

- CNSC se extralimitó en el cumplimiento de tutela al extender sus efectos y usar listas para cargos no señalados en el fallo que contaban con sus listas de elegibles
- Procede el reconocimiento y pago de retroactivo salarial mediante tutela para evitar un perjuicio irremediable a mujer enferma de epilepsia
- Estado debe garantizar derecho a la salud de internos de centros carcelarios y penitenciarios
- Procuraduría vulnera derecho de acceso a la administración de justicia al no rendir concepto en recurso de casación penal dentro del término legal
- Vulneración del debido proceso por la gobernación al omitir el trámite requerido para dar uso a la lista de elegibles en la provisión de cargos vacantes
- Improcedencia de la acción de tutela para cuestionar la convocatoria a Tribunal de arbitramento por COMCEL, ante existencia de otro mecanismo de defensa
- Mientras el conflicto jurídico territorial planteado entre la comunidad indígena Wayúu de Irrachon y la propietaria formal de las tierras se decide por justicia ordinaria, no procede efectuar el desalojo de la comunidad

ACCIÓN POPULAR

- La restricción vehicular adelantada por el DAS, sobre la Carrera 28 entre Calles 17 y 19, en Bogotá, se justifica para proteger la seguridad pública

SECCIÓN PRIMERA

- Pérdida de investidura por violación al régimen de inhabilidades al configurarse la celebración de contratos
- Ministerio de Ambiente no puede derogar normas con rango de ley, pues incurriría en usurpación de funciones y de competencia legislativa
- La condena penal como causal de pérdida de investidura no tiene límite en el tiempo
- La remoción de depositarios provisionales de bienes incautados es discrecional por parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes
- Anulan el cobro por el aplicativo para generar el manifiesto de carga electrónico, que es el que ampara el transporte de mercancías ante las distintas autoridades

- Se decreta la pérdida de investidura de Diputado por violación al régimen de inhabilidades, al existir vínculo de parentesco con funcionario que ejerció autoridad civil

SECCIÓN SEGUNDA

- Se ordena reconocimiento de pensión de jubilación docente por cumplirse la edad exigida por ley al momento de proferir sentencia
- Para que proceda la indexación de la primera mesada pensional se requiere pérdida del poder adquisitivo
- Se niega nulidad del los Decretos 1158 de 1994 y artículo 6 del Decreto 691 de 1994, que señala el salario mensual base de cotización al Sistema de General de Pensiones de los servidores públicos
- Se declara nulidad parcial del artículo 5 del Decreto 11271 de 2004, que regula el reconocimiento de la bonificación de los docentes que prestan servicio en áreas rurales de difícil acceso
- La asignación básica de personero municipal corresponde al 100% de lo devengado por el alcalde del respectivo municipio
- Incorporación provisional a la planta de personal de los docentes que se encontraban en la modalidad de servicio temporal con ocasión del sistema general de participaciones

SECCIÓN TERCERA

- Las reformas legislativas recientes dan trato unificado al “Llamamiento en Garantía” y la “Denuncia del Pleito”, para efectos de la vinculación procesal de terceros
- Existe responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado cuando se incumple el pliego de condiciones
- controversias con relación a contratos celebrados por establecimientos públicos son de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
- Las Entidades Prestadoras de Servicios en Salud tienen la obligación de elaborar y actualizar la historia clínica de los pacientes. Su omisión genera falla del servicio
- Se declara la responsabilidad administrativa de entidad hospitalaria por falla del servicio médico ocasionada a paciente que presentó complicaciones post operatorias
- Unificación de jurisprudencia acerca de los requisitos formales observables para modificar o dejar sin efecto un pacto compromisorio celebrado por las partes en un contrato estatal
- Reiteran aplicación de la teoría del daño especial frente a la imposición de una carga desigual a la ciudadanía por el ejercicio de la labor de la Fuerza Pública
- Se ordena pagar perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a concursante que no fue nombrado a pesar de ocupar el primer puesto en concurso de méritos

- Se exoneró de responsabilidad a las Fuerzas Militares, por miembros involucrados en la muerte de acompañante del Ex candidato Presidencial Álvaro Gómez Hurtado
- El Principio de buena fe debe ser respetado en todo el proceso de contratación estatal por las partes involucradas
- Se condenó al Ejército por la muerte indígenas y lesiones sufridas a otro, todos menores de edad, por explosión de artefacto abandonado por miembros de la Fuerza Pública en el Cauca

SECCIÓN CUARTA

- Las entidades territoriales no pueden variar el periodo de causación ni la base gravable del impuesto de industria y comercio (ICA) previstos en la Ley 14 de 1983
- La deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos también procede respecto de las partes o repuestos usados para mejorar o actualizar los activos existentes
- Están gravadas con ICA las actividades de la práctica médica y odontológica, de apoyo diagnóstico y terapéutico y otras relacionadas con la salud humana cuando las prestan entidades que no hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud
- El Decreto 1572 de 1993 no estableció restricciones a la exportación de cigarrillos, sino que fijó requisitos para que los cigarrillos de producción nacional destinados a ser exportados puedan salir del país
- La solicitud de corrección de las declaraciones tributarias que disminuyen el impuesto a pagar o aumentan el saldo a favor sólo se puede rechazar por vicios de forma
- No es nulo el Acuerdo 045 del 15 de diciembre de 2004, por el cual el Concejo de Medellín, entre otros aspectos, determinó el impuesto de delimitación urbana en la comuna de El Poblado, barrios La Asomadera No. 1 y parte de San Diego de la ciudad
- El impuesto de industria y comercio sobre actividades industriales se paga en el municipio sede de la fábrica o planta industrial, sin que para ello importe el sitio de comercialización de los productos, dado que esta se grava dentro de la actividad industrial

SECCIÓN QUINTA

- La cesación de efectos civiles del matrimonio da por terminado el parentesco por afinidad
- Se confirma sentencia que negó la nulidad de la elección de concejal de Tunja, demandada por supuesta violación al régimen de inhabilidades

SALA DE CONSULTA

- La inhabilidad establecida en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 no desaparece aunque el servidor público directivo, asesor o ejecutivo o el miembro de la junta o consejo directivo se declare impedido
- No existe fundamento legal y contractual para que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP pueda conservar la tenencia, uso y goce de bienes no destinados a la prestación del servicio de telecomunicaciones
- El alejamiento del presunto agresor, luego de haber protagonizado los hechos de violencia intrafamiliar que afectaron los derechos de un menor, no releva de competencia a la Comisaría de Familia

NOTICIAS DESTACADAS

Ante la Sala Plena del Consejo de Estado se posesionó el nuevo magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Álvaro Namén Vargas, que remplazará a Enrique José Arboleda Perdomo.

En la sesión de la Sala Plenísima del pasado martes 21 de mayo, el presidente de la Corporación, Alfonso Vargas, le impuso el escudo de consejero, y los miembros de Sala le dieron la bienvenida.

Como parte de su bienvenida, y de los nuevos consejeros, los magistrados auxiliares ofrecieron un coctel el lunes en el Club Metropolitan de Bogotá.

Nota: A través del servicio de consultas, la Relatoría brinda información y suministra la jurisprudencia de la Corporación una vez se han notificado debidamente las providencias, por cuanto carece de la facultad de informar sobre el trámite de procesos en curso o brindar asesoría jurídica. La Sistematización de la jurisprudencia del Consejo de Estado, a través de descriptores, restrictores, y la tesis, no exoneran al usuario de la información a corroborar su contenido con los textos de las providencias. En caso de atender eventuales inconsistencias, se sugiere que sean puestas en conocimiento de la relatoría.

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 **2013**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña. Para cualquier inquietud escribanos a: boletin@consejoestado.ramajudicial.gov.co

CONSEJO EDITORIAL

ALFONSO VARGAS RINCÓN
Presidente
MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Vicepresidente

Sala de Gobierno
Marco Antonio Velilla
Presidente Sección Primera
Luis Rafael Vergara Quintero
Presidente Sección Segunda
Hernán Andrade Rincón
Presidente Sección Tercera
Carmen Teresa Ortiz
Presidenta Sección Cuarta
Susana Buitrago de Valencia
Presidenta Sección Quinta
William Zambrano
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos
Ramiro Alonso Sandoval
Relator Sección Primera
Gloria Cristina Olmos y José Orlando Rivera
Relatores Sección Segunda
Narly del Pilar Morales, Gloria Stella Fajardo y Yolanda Velásquez Zárate
Relatoras Sección Tercera

Magaly Santos Murillo
Relatora Sección Cuarta

Jacquelin Contreras
Relatora Sección Quinta

Alejandro Vargas García
Relator Sala de Consulta

Alie Rocío Rodríguez
Relatora Acciones
Constitucionales

Coordinación General

Camilo Bayona Espejo
Secretario Privado Presidencia
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

Jefe de Divulgación
- Nancy Torres Leal
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2117