



BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

República de Colombia
Consejo de Estado

No 174 - Octubre 9 de 2015
BOGOTÁ, COLOMBIA

www.consejodeestado.gov.co

EDITORIAL

Niñas entre los 11 y 17 años, líderes de la Fundación Plan, visitaron la Sala Plena del Consejo de Estado para exponer sus historias de vida a los magistrados que las escucharon atentamente y se conmovieron con cada una de ellas.

La Fundación Plan es una organización que trabaja de manera integral con las comunidades para mejorar las condiciones de vida de niñas y niños que viven en situación de extrema vulnerabilidad y que busca fortalecer sus habilidades de liderazgo para la gestión de su propio desarrollo.

Plan tiene presencia permanente en municipios ubicados en los departamentos de Nariño, Cauca, Valle del Cauca, Chocó, Sucre, Bolívar y en la ciudad de Bogotá.

Luis Rafael Vergara Quintero
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:

SALA PLENA

Contenido:

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al día	
Sala Plena	1-2
Habeas Corpus	2-4
Tutelas	4-5
Sección Primera	5-7
Sección Segunda	8-9
Sección Tercera	10-17
Sección Cuarta	17-23
Sección Quinta	23-26
Sala de Consulta	26-27
Índice	28
Noticias destacadas	31

1. La causal de inhabilidad establecida por el Acto Legislativo 01 de 2009 es de interpretación restrictiva, y por tal razón, cuando el condenado haya pagado el valor neto fijado en la correspondiente sentencia condenatoria, se entenderá que con ello enervó la configuración de la causal por haber asumido “con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

Síntesis del caso: El problema jurídico sometido a consideración de la Sala Plena, consistió en determinar si el demandado estaba o no inhabilitado para ser elegido Representante a la Cámara, en virtud de lo establecido en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política. A tales efectos, la Sala se ocupó de determinar: (i) si la inhabilidad instituida en el artículo 122 de la Constitución in fine se configura en virtud de una sentencia condenatoria en firme dictada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en acción de repetición, y (ii) esclarecer si, con base en las pruebas obrantes en el expediente y a la luz de las garantías procesales que gobiernan los procesos de pérdida de la investidura -en especial, la de interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad, la de tipicidad de la conducta constitutiva de falta y el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley-, el pago efectuado por el condenado, por el monto neto ordenado por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia sin intereses, configura el

supuesto que enerva la configuración de la causal, en cuanto al cumplimiento de la obligación, debiéndose en consecuencia declararse que asumió con su patrimonio el valor del daño.

Extracto: “Las pruebas allegadas demuestran fehacientemente que el Congresista demandado Romero Piñeros realizó un pago al hospital San Rafael de Tunja, por la suma de \$92’866.741,06 pesos m/cte, mediante 8 consignaciones bancarias efectuadas entre el 12 y el 14 de junio de 2007. A juicio de la Sala, dicho pago constituye evidencia inequívoca de que el Congresista demandado pagó “con cargo a su patrimonio el valor del daño” al que le condenó el Tribunal Administrativo de Boyacá, el cual ascendía exactamente a la suma mencionada. La Sala considera que para los efectos de la causal de inhabilidad, tal y como fue instituida por el Constituyente en el artículo 122 in fine de la Constitución Política, el juez ha de estarse en estricto derecho al quantum al que ascendió la “reparación patrimonial” a la que el Tribunal condenó al servidor público, pues eso fue exactamente lo que este dispuso al consagrar positivamente su contenido normativo. En ese mismo orden de ideas, lo que el juez ha de constatar para efectos de la verificación del hecho exonerativo, es si el condenado asumió “con cargo a su patrimonio el valor del daño.” En el mismo sentido, juzga la Sala que, para los efectos de la causal de inhabilidad en estudio, “el valor del daño” no puede ser otro que el valor de la “reparación patrimonial” que fijó el Tribunal en la sentencia condenatoria. Se reitera que por tratarse de una norma de carácter sancionatorio, debe interpretarse en forma restrictiva, en los precisos y estrictos términos en fue instituida por el Constituyente. Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a sostener que a la luz de los precisos términos de la previsión normativa que corresponde a la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 122 in fine CP, conforme rezan los claros términos de su tenor literal, el Constituyente no erigió el pago de los intereses en elemento integrante del supuesto fáctico configurativo de la causal de inhabilidad invocada. (...) Quedó plenamente demostrado que el fallo del Tribunal Administrativo de Boyacá por el cual el parlamentario demandado fue declarado patrimonialmente responsable y fue condenado a pagar al Hospital San Rafael de Tunja la suma de \$92.866.741,06 como consecuencia de una acción de repetición, fue cabalmente cumplido por éste, toda vez que con cargo a su patrimonio efectuó el pago total de “el valor del daño” no puede ser otro que el valor de la “reparación patrimonial” a la cual fue condenado, según se definió en el resuelve del referido fallo. Fuerza es, entonces, concluir que no se configura la causal de pérdida de la investidura alegada comoquiera que en el caso analizado se verificó la ocurrencia del hecho exceptivo que enerva la configuración del supuesto fáctico de la causal de inhabilidad alegada.”

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Proceso de Pérdida de Investidura. Sentencia de 21 de julio de 2015, Exp. 11001-03-15-000-2012-00059-00(PI), M.P. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

- * Aclaración de voto de los Consejeros Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Jorge Octavio Ramírez, María Claudia Rojas Lasso, Stella Conto Diaz del Castillo y Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- * Salvamento de voto de los Consejeros Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez y Danilo Rojas Betancourth.

HABEAS CORPUS

1. Procede hábeas corpus al demostrarse la existencia de una vía de hecho por la prolongación ilegal de la privación de la libertad, en tanto, se omitió iniciar el juicio oral dentro del término previsto en la Ley 906 de 2004.

Síntesis del caso: correspondió resolver la impugnación presentada por la parte actora, contra la providencia del 26 de agosto de 2015, por la cual, el Tribunal Administrativo del Magdalena declaró improcedente la acción de Hábeas Corpus.

Los actores -privados de la libertad por encontrarse acusados del delito de secuestro extorsivo agravado- manifestaron que tienen derecho a la libertad inmediata en aplicación al artículo 317-5 de la Ley 906 de 2004, por cuanto, desde la presentación del escrito de acusación -17 de junio de 2013- a la fecha de radicación del hábeas corpus, habían transcurrido 2 años, 2 meses y 11 días, es decir, 799 días, sin que se hubiera dado inicio al juicio oral.

a. El término de 120 días, dispuesto en el artículo 317-5 de la Ley 906 de 2004 modificado por la Ley 1760 de 2015, debe contabilizarse en días hábiles.

Extracto: “En el sub lite surge evidente que los peticionarios no buscan sustituir el proceso penal ordinario, ya que, fracasado el trámite a la fecha, no tienen otro camino diferente al juez constitucional, dada la ineficacia de los medios ordinarios con los cuales no se ha podido evacuar la audiencia preliminar para decidir la petición de libertad por vencimiento de términos, porque no puede obligarse a los interesados a esperar o insistir en lo que de suyo se muestra ineficaz, por falta de una respuesta oportuna a la posible vulneración del derecho a la libertad por causa atribuible al funcionario judicial que imposibilita o impide su resolución. Ahora bien, es del caso precisar que la vía de hecho que se ha puesto de presente no conlleva de manera obligada la prosperidad del habeas corpus formulado, habida cuenta que resulta menester entrar a verificar si la alegada prolongación ilegal de la privación de la libertad de los accionantes tiene ocurrencia o no, aspecto de fondo que se analiza en virtud de la procedencia del presente mecanismo en el caso concreto como una garantía inmediata del derecho a la libertad, así como en aras de evitar un menoscabo mayor al mencionado derecho de los hoy accionantes. En el presente caso es posible constatar que, entre la radicación del escrito de acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación -17 de junio de 2013- y el día de hoy, cuando se resuelve de fondo sobre el amparo del derecho a la libertad personal solicitado, ha transcurrido un plazo ininterrumpido de 816 días, cómputo prohijado por la representante judicial de los procesados en su escrito de habeas corpus, pues en él precisó que para la fecha de su formulación se contabilizaban 799 días . De otra parte, al efectuar el cómputo entre esas mismas fechas, pero contando solo los días hábiles, se tiene un total de 548 días. Ahora bien, en cuanto al cómputo del término de 120 días, dispuesto en el artículo 317-5 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1760 de 2015, estima el Despacho que se trata de un plazo que transcurre en días hábiles, pues, a falta de definición expresa sobre el particular, la norma debe armonizarse con lo señalado en el artículo 157 del mismo Estatuto Procesal Penal, en donde se distingue entre las actuaciones desarrolladas ante los jueces de control de garantías, caso en el cual todos los días y las horas son hábiles, mientras que las actuaciones que se surtan ante el juez de conocimiento se adelantarán en días y horas hábiles, de acuerdo con el horario judicial establecido oficialmente. Así mismo, no puede perderse de vista que el parágrafo 1 del mencionado artículo 317 de la Ley 906 de 2004 prescribe que el término fijado en su numeral 5 se incrementará por el mismo término inicial, cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, tal como ocurre en el sub lite, donde los actores se encuentran acusados por la supuesta comisión del delito de secuestro extorsivo agravado, de conocimiento del Juez Penal Especializado del Circuito de Santa Marta, de manera que el término aplicable corresponde a 240 días. No desconoce este Despacho la diferencia de criterios suscitada en otra época de cara a la aplicación del artículo 317-5 en estudio , pero bajo las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007 , circunstancia que a la fecha aparece superada, pues la Ley 1760 del año en curso no contempló ninguna regla especial para contabilizar el término, lo que comporta, como ya se dijo, armonizar su contenido con las reglas generales sobre los términos en el proceso penal -artículos 156 a 160 de la Ley 906 de 2004-. Siguiendo con el análisis propuesto, debe verificarse si frente al lapso transcurrido de 548 días hay lugar al restablecimiento de términos contemplado en los parágrafos 2 y 3 del plurimencionado artículo 317 del Código de Procedimiento Penal , sobre lo cual encuentra el Despacho que la dilación ocasionada por cuenta de los inasistencias y aplazamientos solicitados por los defensores de los acusados arrojan un total de 201 días hábiles , los que deben restituirse para efecto de establecer el término durante el cual los procesados han estado privados de la libertad sin que se haya cumplido con el inicio de la audiencia de juicio oral, operación que entrega un consolidado de 347 días, lo que supera ampliamente el hito de 240 días aplicable al caso concreto. De igual manera, en cuanto a la dilación derivada del cese de actividades convocado por Asonal Judicial a finales del año 2014, estima el Despacho que no se enmarca dentro de los supuestos contemplados en el parágrafo 3 del artículo 317 ya mencionado, habida cuenta que los procesados no tienen el deber jurídico de asumir las consecuencias perjudiciales que para sus procesos se

puedan derivar de la morosidad judicial y la imposibilidad de acceso a la administración de justicia , por lo que no es dable hacer ninguna restitución de términos por tal situación. Así las cosas, aparece evidente la prolongación ilegal de la privación de la libertad de los actores, comoquiera que los 240 días para la iniciación del juicio oral han sido superados ampliamente, como también los términos para decidir la solicitud de libertad provisional, sin que los funcionarios judiciales que tienen que ver con ella hayan contribuido a su resolución en forma inmediata, todo lo cual redundando en la vulneración del derecho fundamental a la libertad... En consecuencia, como está demostrada la existencia de una vía de hecho por violación del plazo razonable durante el cual puede estar privada de la libertad una persona dentro del proceso penal, en tanto se omitió iniciar el juicio oral dentro de los términos previstos en la Ley 906 de 2004, se revocará lo resuelto por la Magistrada de primera instancia para en su lugar declarar la procedencia del habeas corpus y la consiguiente orden de libertad para los acusados. De igual manera, en cumplimiento del mandato legal consignado en el artículo 9 de la Ley 1095 de 2006, se compulsarán las copias correspondientes para la Fiscalía General de la Nación y la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena”.

SENTENCIA DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2015, EXP. 47001-23-33-000-2015-00316-01(HC), M.P. HERNAN ANDRADE RINCÓN

ACCIÓN DE TUTELA

1. Las organizaciones sindicales sí pueden retirar el pliego de peticiones antes de que se suscriba la convención colectiva o que se emita el laudo arbitral que resuelve el conflicto colectivo de trabajo.

Síntesis del caso: El Sindicato Nacional de Trabajadores de Lloreda S.A. -SINTRALLOREDA- interpuso acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales al trabajo, a la asociación sindical, a la negociación colectiva y a la libertad sindical, los cuales, estimó vulnerados por la Empresa Lloreda S.A. -en acuerdo de reestructuración- y por el Ministerio de Trabajo. El sindicato adujo que la empresa se ha negado en repetidas oportunidades a negociar el pliego de peticiones presentado, bajo el argumento de la existencia de un conflicto colectivo anterior.

Extracto: “Considera la Sala que sí es posible que los sindicatos retiren el pliego de condiciones antes de que se resuelva completamente el conflicto colectivo de trabajo, pues no existe norma que prohíba dicha conducta, la cual se realiza en ejercicio de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva... con el fin de establecer si la conducta de los sindicatos fue abusiva en el caso bajo estudio, debe estudiarse si la presentación de la denuncia de la convención y del pliego de peticiones se hizo dentro del término establecido en el artículo 478 del C. S. del T... si bien es claro que las organizaciones sindicales pueden hacer uso de la figura del retiro del pliego de peticiones, ello no implica que en cualquier momento puedan volver a presentar uno nuevo, sin respetar los términos de vigencia y prórrogas de la convención colectiva de trabajo o del laudo arbitral vigente. Es decir, aunque los derechos de asociación sindical y negociación colectiva tengan una protección constitucional, no puede afirmarse que su ejercicio es absoluto, sino que debe propenderse porque exista una estabilidad entre las relaciones laborales y así garantizar los derechos de ambas partes, con el fin de obtener una paz laboral tras haber acordado unas condiciones de trabajo y unas obligaciones recíprocas que conlleven a generar un buen ambiente laboral. Quiere decir lo anterior, que las organizaciones sindicales sí pueden retirar el pliego de peticiones antes de que se suscriba la convención colectiva de trabajo o que se emita el laudo arbitral que resuelve el conflicto colectivo de trabajo. Igualmente se concluye que en aras de garantizar el derecho de negociación colectiva, los sindicatos se encuentran habilitados para presentar un nuevo pliego de peticiones, para lo cual se debe tener en cuenta adicionalmente lo señalado en el artículo 479 del C.S. de T”.

a. Los sindicatos pueden presentar un nuevo pliego de peticiones dentro del término previsto en el artículo 478 del C. S. del T.

Extracto: “A juicio de la Sala, de acuerdo a lo contemplado en los artículos 478 y 479 del C. S. del T., los sindicatos pueden presentar un nuevo pliego de peticiones, siempre y cuando este se presente dentro de los 60 días inmediatamente anteriores a la fecha de expiración de la convención colectiva o del laudo arbitral. Sin embargo, al realizarse un análisis del conjunto de normas que regulan esta materia, se puede concluir que mientras no se suscriba una nueva convención colectiva de trabajo o se profiera un laudo arbitral resolviendo el conflicto laboral, la convención o laudo anterior continúa vigente. A juicio de la Sala, lo expuesto implica que aunque se presente un conflicto colectivo de trabajo, se extienden los efectos y la vigencia de la convención o laudo hasta que se suscriba una nueva convención o se profiera un nuevo laudo, de acuerdo a lo establecido en el numeral 2º del artículo 479 del C. S. del T. En este mismo sentido, se concluye que cuando una organización sindical decide retirar un pliego de peticiones, dicha circunstancia no afecta la vigencia de la convención o laudo, sino que tiene injerencia en el conflicto colectivo de trabajo, en el sentido de darlo por terminado, e implica la desaparición de la denuncia que le dio origen al mismo; y por lo tanto, ocasiona que se prorrogue la convención y laudo arbitral en los términos del artículo 478 del C. S. del T. Quiere decir lo anterior, que cuando un sindicato retira el pliego de peticiones continúa aplicándose el laudo o convención que se encontraba vigente antes de su denuncia; y por tanto, la organización sindical si lo considera pertinente, puede presentar un nuevo pliego de peticiones, siempre y cuando se realice dentro del término previsto en el artículo 478 del C.S. del T., entendiéndose como si no existiera la denuncia anterior, y por tanto, los términos de vigencia no se ven modificados”.

SENTENCIA DE 20 DE AGOSTO DE 2015, EXP. 76001-23-33-000-2015-00661-01(AC), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE

SECCIÓN PRIMERA

1. Se declara la nulidad del Acuerdo 21 de 2009 expedido por el Concejo municipal de Pore - Casanare, porque entre el primer y el segundo debate para su aprobación no transcurrió el término de tres días previsto en el artículo 73 de la Ley 136 de 1994.

Síntesis del caso: Se demandó, en acción de nulidad, el Acuerdo Municipal N° 021 de noviembre 27 de 2009 “Por medio del cual se autoriza al alcalde municipal para contraer un empréstito”, expedido por el Concejo de Pore Casanare, al considerar los demandantes que incumple las normas de procedibilidad contempladas en la Ley 136 de 1994, se violó el derecho de participación de la comunidad en la discusión del proyecto y está falsamente motivado. El Tribunal Administrativo del Casanare declaró la nulidad del Acuerdo al haber encontrado probado, según el material recaudado en el expediente, que no mediaron entre los debates llevados a cabo al proyecto de acuerdo, los tres días de que habla el artículo 73 de la Ley 136 de 1994. Decisión que fue confirmada en segunda instancia.

Extracto: La Sala no tiene ninguna duda acerca de la irregularidad sustancial en la que incurrió el Concejo del Municipio de Pore, al haber aprobado el día 27 de noviembre de 2009 en segundo debate el proyecto de Acuerdo 022 de 2009, sin que hubieran transcurrido como mínimo los tres días a que hace alusión el inciso 3º del artículo 73 de la Ley 136 de 1994, luego de la discusión surtida al proyecto en la Comisión de presupuesto el día 25 de noviembre de 2009. Por tanto, si el primer debate se llevó a cabo el día 25 de noviembre de 2009, el segundo debió haberse desarrollado después del día 30 de noviembre del mismo año (...) Para el caso en estudio, la irregularidad en que incurrió el Concejo Municipal de Pore fue que el primer debate al proyecto de Acuerdo 022 si lo realizó el día 25 de noviembre, el segundo debate debió haberlo llevado a cabo a partir del 1 de diciembre de 2009, como quiera que el jueves 26, el viernes 27 y

el lunes 30 de noviembre correspondían a los tres días que debió esperar para que se discutiera en segundo debate con mayor profundidad y análisis, el proyecto de acuerdo (...) De acuerdo con la norma transcrita en precedencia (artículo 77 de la Ley 136 de 1994), observa la Sala que efectivamente el Concejo Municipal de Pore, contrario a lo esgrimido por el apelante, sí vulneró el derecho que tenían los habitantes de Pore de participar en el estudio y debate del proyecto de Acuerdo 022-2009, como quiera que dicha solicitud la radicaron ante la secretaría de la corporación territorial el día 30 noviembre de 2009, es decir, justo el día en que vencía el término de los tres días a partir de los cuales debía llevarse a cabo el segundo debate al proyecto de acuerdo, en la plenaria del Concejo. Por tanto, el Concejo Municipal de Pore, tenía el deber de haberle informado a los habitantes de la entidad territorial tal y como lo habían solicitado, para que efectuaran sus observaciones respecto de la posibilidad de autorizar al alcalde municipal para que suscribiera un endeudamiento de tan alta cuantía, lo cual bien podría haber acontecido el mismo día 30 de noviembre o el 1° de diciembre de 2009, cuando se debió desarrollar el segundo debate.

Sentencia de 14 de mayo de 2015, Exp. 85001 23 31 000 2010 00075 01, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad

2. Se niega la nulidad de la expresión “En este evento no aplicarán las condiciones establecidas en el artículo 56 del Decreto 806 de 1998”, contenida en el artículo 6° de la Resolución No. 3186 de 2003, porque el procedimiento contemplado en dicha resolución es mucho más ágil y eficiente y garantiza el derecho a la salud y a la seguridad social de los pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica.

Síntesis del caso: La ciudadana Yolanda García de Carvajalino solicitó declarar nulo el artículo 6° parcial de la Resolución No. 3186 de 2003 “Por la cual se define el mecanismo de distribución excepcional de pacientes con VIH SIDA e Insuficiencia Renal Crónica en el Régimen Contributivo en desarrollo del artículo 3° del Acuerdo 245 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”, ya que estima que es violatorio de los artículos 4, 48, 49 y 241 de la Constitución Política, que garantiza el derecho a la seguridad social y a la atención en salud, porque al ordenar el traslado de pacientes de alto costo a otras E.P.S’s, se afecta la continuidad en su tratamiento y se atenta contra el principio de libre escogencia.

Extracto: La Resolución 3186 de 2003 (24 de Octubre), estableció un procedimiento especial para el caso de traslado de pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica y al omitir lo establecido en el Decreto 806 de 1998, favoreció a los pacientes con Sida o enfermedad renal crónica que no tendrían que esperar hasta el primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud para su atención. En efecto, los artículos 5 y 6° de la Resolución 3186 de 2003 (24 de Octubre), establecen que el traslado del paciente se hace efectivo el primer día hábil del mes siguiente a la radicación de la novedad del traslado y se debe garantizar la continuidad del tratamiento requerido por el paciente, es decir que se debe garantizar la atención inmediata en la nueva entidad. Por el contrario, se reitera, el artículo 56 del Decreto 806 de 1998 señala que el traslado solo se hará efectivo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud y que la entidad de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación del servicio hasta el día anterior a aquel que surjan las obligaciones para la nueva entidad. Es decir, que el procedimiento señalado en la Resolución acusada es mucho más ágil y eficiente que el señalado en el artículo 56 del Decreto No. 806 de 1998, y garantiza el derecho a la salud y a la seguridad social de los pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica.

Sentencia de 16 de julio de 2015, Exp. 11001 03 24 000 2003 00535 01, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad

3. El Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud) tiene competencia para establecer el procedimiento y señalar los requisitos para el recobro de los medicamentos ante el FOSYGA.

Síntesis del caso: La ciudadana Marcela Ramírez Sarmiento presentó demanda contra el literal k) del artículo 6º de la Resolución No. 3754 de 2008, expedida por el Ministerio de la Protección Social, “Por la cual se modifica parcialmente la Resolución número 3099 de 2008.”, que establece: “Artículo 6. Modificase el literal c) y k) del artículo 17 de la Resolución 3099 de 2008, y adicionase un párrafo, así: **Artículo 17. Causales de aprobación condicionada de las solicitudes de recobro. Las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos, servicios médicos o prestaciones en salud y fallos de tutela tendrán aprobación condicionada, por las causales y códigos que se señalan a continuación: (...) k) Cuando el usuario reportado en el recobro no aparezca en la Base de Datos Única de Afiliados, BUDA, por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio (Código 3-11) (...)”. La Sala negó las pretensiones de la demanda.**

Extracto: Sobre la competencia del Ministerio de la Protección Social para la expedición de estas normas, ya esta Sección mediante providencia del 21 de octubre de 2010, proferida dentro del proceso número 2006-00388, la Sala se ocupó de analizar la legalidad de las Resoluciones números 2933 de 2006, 3615 de 2005, 2366 de 2005, 3797 de 2004, 2498 de 2003, 2949 de 2003, 2312 de 1998 y 5061 de 1997 dictadas todas por el Ministerio de la Protección Social. Allí concluyó que, en lo que respecta a la Resolución 2933 de 2006, las disposiciones legales que se invocaban como fundamento para su expedición eran suficientes para determinar que la reglamentación relativa al procedimiento, términos y requisitos en que se llevaba a cabo el recobro de las EPS al FOSYGA se ajustaba al ordenamiento jurídico, razón por la cual se negó la solicitud de nulidad. Resulta pertinente llamar la atención sobre los cargos allí planteados, toda vez que en la citada providencia se destacó que la facultad del Ministerio de la Protección Social se circunscribía a la regulación de todo lo concerniente a los procedimientos administrativos que debían cumplirse por las EPS para solicitar y obtener los recobros correspondientes ante el Fosyga. A tal discernimiento llegó la Sala después de analizar todo el marco normativo contenido en las Leyes 10ª de 1990 y 60 de 1993 y en el Decreto 2164 de 1992.

a. Las Entidades Promotoras de Salud se encuentran obligadas a suministrar información a la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA).

Extracto: El deber de mantener y reportar información sobre los afiliados debidamente actualizada sí le es exigible a las EPS, es decir, son ellas las obligadas a llevar el registro de las novedades que se presenten, sean ingresos o retiros, y por lo tanto la condición a la que las somete la norma demandada se encuentra debidamente justificada en el cumplimiento de un deber con rango legal. Visto el anterior contexto, es evidente que las afirmaciones hechas en el sentido de negar el deber de las EPS de mantener información de sus afiliados carece de todo sustento. Ahora bien, a pesar de que en algunas disposiciones se alude a la RNEC, ello no significa, como lo quiere hacer parecer la actora, que sea ésta entidad la responsable de la administración de los datos del sistema de salud, pues por un lado, el Legislador y el Gobierno fueron claros al radicar tal deber en cabeza de las EPS (en el caso de régimen contributivo); y por otro, cuando se alude a la RNEC se hace para expresar que no sólo ésta sino además las Cámaras de Comercio y las entidades que administren regímenes de excepción deben colaborar con las autoridades que coordinan el Sistema de Seguridad Social en Salud para evitar que se realicen pagos indebidos.

Sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 11001 03 24 000 2010 00483 00, M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. Acción de nulidad

SECCIÓN SEGUNDA

1. Se computa el tiempo de servicio en diferentes entidades públicas, para efecto del reconocimiento y pago de la indemnización por supresión del cargo, cuando la administración a motu proprio incorpora o traslada al empleado, no cuando este renuncia y se vincula a otra entidad.

Síntesis del caso: La demandante solicita que se declare que laboró sin solución de continuidad como empleada pública al servicio del departamento de Antioquia desde el 1º de octubre de 1980 hasta el 31 de diciembre de 2009, es decir, el tiempo laborado al departamento y a la Contraloría, para efecto, de tener en consideración ese tiempo de servicio en la liquidación de la indemnización por supresión del cargo.

Extracto: El texto literal de la disposición transcrita, parágrafo primero del artículo 44 de la Ley 909 de 2004, no da lugar a equívocos y concede la indemnización por el tiempo de servicio prestado en la entidad en que se produce la supresión del empleo, pues es evidente que el servicio que da lugar al reconocimiento de ella es aquél que corre a partir del escalafonamiento en carrera administrativa, toda vez que es el derecho de estabilidad en el empleo que surge de la inscripción en ella, el que finalmente se busca indemnizar. Ahora bien, no desconoce la Sala que el inciso 2º del parágrafo del artículo transcrito permite el cómputo de tiempo de servicio en más de una entidad; sin embargo, tal derecho surge cuando previamente el empleado ante una supresión de cargo o reestructuración anterior ha optado por incorporación y de ese modo se genera continuidad en su mismo desempeño en carrera administrativa o cuando surge la misma continuidad, porque la misma administración motu proprio lo incorpora en una entidad diferente o se produce el traslado interinstitucional. Lo anterior implica que el cómputo de tiempo de servicio en diferentes entidades con fines indemnizatorios no se origina cuando voluntariamente el empleado decide finiquitar su relación laboral en una entidad, para vincularse a otra, sino bajo el entendido de que esa relación laboral entre una y otra entidad continúa, haciendo permanecer los derechos de carrera que el empleado ya había adquirido desde la entidad primigenia.

Sentencia de 2 de julio de 2015, Exp. 05001-23-31-000-2010-01507-01(3257-13), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento

2. Se declara la nulidad de la sanción disciplinaria de destitución del patrullero de la Policía Nacional, al demostrarse la presunción de inocencia del disciplinado, dado que las decisiones se motivaron solo en declaraciones de oídas, indirectas o de referencia.

Síntesis del caso: El señor Rubén Darío Gómez Castañeda solicitó la nulidad del fallo disciplinario de primera Instancia de 4 de febrero de 2010, proferido por el Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Policía Metropolitana de Cali y el Auto de 18 de febrero de 2011, expedido por el Inspector Delegado Regional de Policía No. 4, que sancionó al demandante en su condición de patrullero de esa institución, con destitución e inhabilidad por el término de 10 años.

Extracto: Los testimonios obrantes en el proceso, corresponden a testimonios de oídas, también llamados indirectos o de referencia, más no presenciales de los hechos, circunstancia esta que no permite establecer la existencia de pruebas contundentes que conlleven a determinar la responsabilidad del investigado. Como se observa, pues dichas probanzas lo que acredita es la forma como los testigos de oídas obtuvieron su conocimiento, más no que sus atestaciones correspondan a la verdad o que la integridad de ellas sean el producto de lo que contó el joven CAICEDO MUÑOZ. (...) Para la Sala, al ver los anteriores argumentos es claro que no existen elementos o pruebas contundentes que den certeza de la existencia de la falta y de la responsabilidad del señor Rubén Darío Gómez Castañeda, ya que los

operadores disciplinarios motivaron sus decisiones sólo en los declarantes de oídas, indirectos o de referencia, quienes se limitaron, expresamente, a reproducir lo que el Joven Caicedo Muñoz les había narrado sobre lo acontecido. Por último, observa la Sala que la contundencia de las pruebas en uno y otro sentido simplemente impiden arribar a un juicio certero sobre lo ocurrido y en consecuencia, la duda razonable inclina la balanza a favor del acusado.

Sentencia de 30 de julio de 2015, Exp. 11001-03-25-000-2013-001217-00(3065-13), M.P. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

3. Se declara la nulidad de la sanción disciplinaria de destitución del Técnico administrativo del Ministerio de Agricultura, al demostrarse que hay ausencia del tipo penal de peculado por apropiación, por lo cual la conducta es atípica y no es procedente la sanción.

Síntesis del caso: El señor Melquisedec Moreno Mosquera pidió la nulidad del fallo disciplinario de primera Instancia de 25 de julio de 2007, proferido por el Secretario General - Control Interno del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que sancionó al demandante en su condición de Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 14, con destitución e inhabilidad por el término de 5 años y el auto de 31 de diciembre de 2007, expedido por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, que desató el recurso de apelación interpuesto contra la anterior decisión y la confirmó.

Extracto: Es por ello que, haciendo una valoración de las pruebas antes relacionadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, encuentra la Sala que se presenta la atipicidad de la conducta peculado por apropiación, por la que fue sancionado el actor en consideración a lo siguiente: Son coincidentes en sus declaraciones tanto del disciplinado como el señor contratista Pedro Alonso Castiblanco Ramírez, que los bienes por los cuales se inició y culminó el proceso disciplinario con los actos acusados corresponden a bienes reemplazados por garantía, hecho este que es ratificado por el Ministerio en la contestación de la demanda, por consiguiente estos fueron objeto de una donación que le hizo el aludido contratista al disciplinado, por considerar que eran de su propiedad en razón al reemplazo de los mismos con ocasión de la efectividad de la garantía que realizó en cumplimiento de la orden de servicio No. 093 del 1 de septiembre de 2004 suscrita para el mantenimiento y reparación del sistema eléctrico de los sanitarios del referido Ministerio. En ese sentido, hay ausencia de los elementos del tipo penal por el que se le sancionó, razón por la cual necesariamente ha de imponerse su absolución y consecuentemente la declaratoria de nulidad de los actos acusados por medio de las cuales se le sancionó con destitución e inhabilidad en el ejercicio del cargo y accederse al correspondiente restablecimiento del derecho, en los términos que más adelante se precisaran. Se reitera, que es atípica la conducta por la que se le sancionó, pues en el presente caso no existe medio probatorio que indique que la propiedad del bien esté en cabeza del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, condición ésta necesaria para encuadrar la conducta del disciplinado en el tipo penal endilgado, conllevando a que los actos acusados estén revestidos de falsa motivación, pues se fundamentaron en un hecho que a la postre no concuerda con la realidad. Por lo expuesto, la Sala no encuentra correspondencia entre la conducta del actor con el supuesto normativo descrito en el Código Penal artículo 397 “Peculado por Apropiación”, es decir, se presentó la denominada atipicidad, por lo que no era procedente la sanción, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Nacional, nadie puede ser juzgado, o mejor, disciplinado por hechos, conductas o comportamientos que no estén previamente descritos como falta en la Ley, y por esa razón el cargo formulado por el demandante y el Ministerio Público está llamado a prosperar.

Sentencia de 17 de julio de 2015, Exp. 11001-03-25-000-2012-00078-00(0298-12), M.P. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCIÓN TERCERA

1. Condenan al Municipio de Armenia, Policía Nacional y Ejército Nacional por el saqueo de bodegas que se dio en el mes de enero de 1999 en el municipio de Armenia.

Síntesis del caso: *En el mes de enero de 1999, en la ciudad de Armenia (Quindío) se presentó un desastre natural, terremoto, que generó alteración y afectación del orden público. Durante este periodo se decretó el estado de emergencia para la adopción de medidas pertinentes que conllevaran a afrontar esta situación en el municipio, como eran la presencia de cuerpos policiales y miembros del Ejército Nacional que ayudaran a contener los problemas de orden y seguridad presentados. De igual manera, para esa fecha, se presentó saqueos a las Bodegas del Quindío Ltda.*

Extracto: “No queda duda de la alteración al orden público que vivió el sector céntrico de la ciudad de Armenia el día 29 de enero de 1999, y de la destrucción y saqueo de la que fue víctima la sociedad “Bodegas del Quindío Ltda.” por parte de los vándalos que arribaron a la ciudad de Armenia poco después del sismo del 25 de enero de 1999. (...) Con el saqueo de las mercancías y elementos de trabajo se configuró una afectación y destrucción de los bienes muebles del establecimiento de comercio de la sociedad “Bodegas del Quindío Ltda.”, representando una carga no soportable para los socios, derivando así un desmedro económico para éstos, generando además una afectación al desarrollo de una actividad económica que se constituía en empresa, la cual constitucionalmente encuentra especial protección dado que se consagra como la base del desarrollo. (...) si bien al administración municipal de Armenia adoptó una sola medida para contrarrestar los fenómenos de perturbación del orden público, como fue la determinación del toque de queda hasta el 31 de enero de 1999, no se acreditó por dicha entidad que se haya adoptado otro tipo de acciones, medidas o procedimientos que dentro de su función de policía permitiera la prevención de situaciones que podían lesionar, como ocurrió, los derechos, bienes e intereses de las personas, y para el caso en concreto para los bienes e intereses de la Sociedad Bodegas del Quindío Ltda, quien tuvo que afrontar el saqueo violento de las instalaciones del establecimiento de comercio que tenía en el municipio de Armenia.(...) No operó acción preventiva alguna para contener, minimizar o defender los intereses de dicha sociedad, encontrándose que por dicha inactividad de la administración municipal por las circunstancias de tiempo, modo y lugar le es atribuible fáctica y jurídicamente el daño antijurídico ocasionado, ya que teniendo no sólo facultades constitucionales y legales, sino también siendo partícipe directo en el proceso de gestión del desastre, el municipio de Armenia, por conducto de su alcalde, no adoptó, no le dio todo el alcance a las medidas necesarias para haber impedido la ocurrencia de los hechos vandálicos en los que resultó afectado el establecimiento de comercio de propiedad de la sociedad demandante.(...) La Sala advierte la presencia de oficiales pertenecientes a la Policía Nacional y de miembros del Ejército en el lugar de los hechos vandálicos justo donde se encontraba el local comercial de la sociedad “Bodegas del Quindío Ltda.” y adicionalmente estos no desplegaron ningún acto coactivo contra los vándalos para evitar el saqueo del comercio, y por lo tanto la alteración al orden público. (...) Lo que permite concluir que hubo un despliegue de personal de una buena parte del país con el fin de conjurar la crisis, y aun así de manera ineficiente se le hizo frente a los actos vandálicos que saquearon el local comercial de la sociedad “Bodegas del Quindío Ltda.”(...) En consecuencia, se presentó una omisión a la función de la actividad de policía que cumple la Policía Nacional, al no haber hecho un adecuado despliegue coactivo para evitar los saqueos que se presentaron el 29 de enero de 1999. En últimas, no se usó la fuerza en medida razonable por parte de la Policía ante la alteración al orden público que representaba grupos de personas organizadas con el fin de saquear el comercio de la ciudad de Armenia; como lo dispone el Código de Policía, Decreto 1355 de 1970.(...) Los daños ocasionados a la sociedad “Bodegas del Quindío Ltda” resultan imputables al Ejército Nacional, toda vez que con base en la Resolución 9960 de 1992, el Comandante Militar hace parte del Comité Local y Regional de Emergencia, lo cual lo obligaba a estar presente en la coordinación de los operativos para hacer eficaz el toque de queda que había sido decretado. De otra parte, los testimonios parcialmente

transcritos dan cuenta que miembros de esta institución se encontraban presenciando los actos de saqueo y no tomaron medida alguna para evitarlos, pues todos los testigos son concordantes en que los soldados manifestaban no tener orden de intervenir; de donde es válidamente deducible por la Sala, que era tal la falta de coordinación entre las distintas entidades que la situación los había desbordado. (...) En este orden de ideas, si las entidades demandadas pretendían que en el proceso se les absolviera porque los desmanes ocurridos superaron cualquier expectativa previsible, han debido probar las medidas que tomó el comité de emergencias para hacer efectivo el toque de queda y acreditar situaciones anómalas y extraordinarias que superaron cualquier previsibilidad, presentadas después del sismo; pero la Alcaldía se limitó a afirmar el cumplimiento de su deber con la simple expedición del Decreto que estableció el toque de queda; por su parte la Policía anunció en su petición de pruebas que acreditaría todas las actividades que desarrolló, pero tales pruebas no llegaron al proceso; y la otra entidad demandada, el Ejército Nacional, contestó extemporáneamente la demanda. Así las cosas, lo que evidencian las pruebas del expediente es la inactividad de las entidades demandadas y la falta de coordinación en sus funciones, para atender la situación de Desastres que se presentó en el municipio de Armenia días después de ocurrido el terremoto del 25 de enero de 1999. (...) Concluye la Sala que a pesar de las medidas ejecutadas por el Ejército para conjurar la crisis de orden público que vivió la ciudad de Armenia luego del terremoto tales medidas fueron insuficientes y no fueron efectivas para evitar el saqueo del comercio de la zona céntrica, ya que obra dentro del proceso material probatorio suficiente para concluir que la inactividad del Ejército Nacional en el caso en concreto contribuyó a la producción del daño antijurídico ocasionado a la sociedad demandante. (...) Con base en los anteriores argumentos, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar declarará la responsabilidad administrativa y patrimonial de las entidades públicas demandadas municipio de Armenia, Ejército Nacional y Policía Nacional, y pasará a analizar si procede el reconocimiento de los perjuicios reclamados por la sociedad demandante.”

Sentencia de 13 de abril de 2015. Exp. 63001-23-31-000-2001-00145-01(31049). M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Acción de Reparación Directa

NOTA DE RELATORIA: En esta providencia se estudian los elementos que jurisprudencialmente se han reconocido para determinar el contenido y los alcances del reconocimiento de perjuicios materiales por concepto de afectación al *good will*.

2. El error judicial solo puede ser alegado por el demandante como título de imputación de responsabilidad respecto de una decisión ejecutoriada y en firme; además, debe demostrar haber incoado los recursos procedentes donde señaló el yerro que alega ahora por vía de reparación directa. Reiteración jurisprudencial.

Síntesis del caso: El señor Alfonso Blanco Cardozo fue investigado y condenado en primera instancia -a través de la sentencia de 26 de abril de 1996- por el delito de homicidio “con exceso en la defensa”. En segunda instancia -mediante auto de 30 de julio de 1997- el tribunal superior declaró la nulidad de todo lo actuado.

Extracto: “El fallo de primera instancia al que la parte actora le endilga un error judicial nunca quedó en firme, razón por la cual no se configuran los presupuestos legales para que pueda derivarse de ese fallo una eventual responsabilidad del Estado. Sin duda, esta previsión normativa encuentra su razón de ser en que (i) mientras no esté en firme una providencia bien puede ser modificada o revocada en virtud de los recursos o del grado jurisdiccional que proceda; por ende, la responsabilidad patrimonial del Estado por un yerro en una providencia judicial sólo puede comprometerse a partir de que los jueces han decidido en forma definitiva el asunto, máxime si se tiene en cuenta que (ii) las sentencias judiciales sólo producen efectos a partir de su ejecutoria, como quiera que es regla general que la apelación contra ellas se tramita en el efecto suspensivo, de modo que sólo pueden tener efectos cuando han quedado en firme. La sentencia de condena proferida en primera instancia en contra del señor Blanco Cardozo nunca quedó en firme, por lo que los presuntos yerros que se le endilgan no pueden servir de fundamento para la prosperidad de las pretensiones, siendo claro para la Sala que por sustracción de materia queda relevada del estudio de fondo acerca de los desatinos puntuales que se le pretenden imputar a la decisión judicial, en razón a que no se trató de una decisión ejecutoriada. En segundo lugar, en cuanto a las equivocaciones

en que afirma la actora incurrió la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena en auto de 30 de julio de 1997, por medio del cual declaró la nulidad procesal (...) se advierte que se trató de una providencia interlocutoria que era susceptible del recurso de reposición, por haber sido proferida en el trámite de la segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal. Aunque por su naturaleza se trataba de una providencia apelable, fue proferida por el superior funcional del juez de la causa, razón por la cual se limitaba la posibilidad de recurrirla en apelación y, en consecuencia, la decisión sobre la nulidad así adoptada se constituyó en una decisión de única instancia, que sólo podía ser objeto del recurso horizontal según las normas antes citadas. Pese a ello, no acreditó la parte demandante haber interpuesto el recurso ordinario procedente contra la decisión judicial y, en consecuencia, no se verifica el presupuesto previsto en el numeral primero del artículo 67 de la Ley 270 de 1996 que permita alegar la existencia de un error jurisdiccional en la providencia de 30 de julio de 1997, que no fue atacada por el afectado mediante los recursos previstos en la ley o al menos no lo acreditó en el proceso. Si el afectado consideraba la existencia de un yerro que además le generaba perjuicios, tenía la carga de agotar los recursos procedentes, esto es, debió invocar ese error por la vía de los recursos, con el fin de dar a la administración de justicia la posibilidad de corregir las eventuales falencias o defectos de su providencia. Como no probó haberlo hecho, y al tenor del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil le correspondía la carga de hacerlo, ha de tenerse por no acreditado el presupuesto del error jurisdiccional consistente en el agotamiento de los recursos. No puede por tanto la Sala acometer el estudio de fondo de los presuntos errores jurisdiccionales alegados por los apelantes, en razón a que no se configuraron los presupuestos del error jurisdiccional frente a ninguna de las dos providencias acusadas de contenerlos, cuales fueron: (i) la sentencia de 26 de abril de 1966 que nunca quedó ejecutoriada y (ii) el auto de 30 de julio de 1997 que no se demostró hubiera sido atacado en el proceso mediante el recurso procedente. Estas razones imponen a la Sala confirmar de la sentencia apelada, bajo el entendido de que no puede configurarse responsabilidad por error judicial en ausencia de los mencionados presupuestos.

Sentencia de 5 de marzo de 2015. 13001-23-31-000-1999-00256-01(33597). M.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO. Acción de Reparación Directa

*** Con aclaración de voto de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo.**

3.a. Para solicitar la declaratoria de incumplimiento total o parcial de un contrato es indispensable que el actor acredite que satisfizo las obligaciones contractuales que estaban a su cargo. Reiteración jurisprudencial.

Síntesis del caso: El 29 de junio de 1992, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y la Sociedad Benhur Herrera Valencia y Cia. Ltda. celebraron el contrato de obra pública 0521, mediante el cual, se buscaba la ejecución de obras de remodelación y ampliación del muelle nacional, costado norte, terminal de pasajeros, segundo nivel del Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Santa Fe de Bogotá.

Extracto: “De conformidad con el escenario probatorio que viene de analizarse no resulta procedente declarar probada la excepción de contrato no cumplido, por cuanto, si bien se encuentra acreditado que la entidad pública contratante efectivamente incurrió en los incumplimientos que la demandada le imputó, lo cierto es que las pruebas que obran en el plenario no permiten concluir que dichos incumplimientos fueran la fuente o la causa de los que son atribuibles a la sociedad contratista. (...) En ese sentido cabe recalcar que no existe, per se, una conexión entre las falencias que se atribuyeron a la Administración en relación con la demora en la entrega de planos, la insuficiencia de los mismos y el desconocimiento de las especificaciones necesarias en algunos aspectos para desarrollar las labores de ampliación del aeropuerto, frente a la constante falta de personal en la obra y el deficiente desarrollo de los trabajos por parte de la contratista. En ese mismo orden de ideas dable es concluir que la excepción de contrato no cumplido puede prosperar, por cuanto no puede predicarse en este caso el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., en tanto que, además de evidenciar sus inobservancias contractuales durante todo el tiempo de ejecución de la obra, las cuales, como ya se dijo, no pueden justificarse en razón de los incumplimientos de la demandada, no se observó de su parte una seria intención de cumplir con sus obligaciones. (...) No obstante todo lo anterior y como

ya se ha venido anticipando a lo largo de la presente providencia, la Sala no puede pasar inadvertida frente a los incumplimientos que son imputables a la entidad demandada, en relación con los cuales, dada su gravedad y naturaleza, es posible inferir razonadamente que, aun cuando no constituyeron justificación de los incumplimientos de la contratista, claramente tenían entidad para afectar el desarrollo normal y adecuado de la obra, al igual que se colige en relación con las inobservancias que son atribuibles a la sociedad demandante, sin que sea posible determinar cuáles incumplimientos habrían afectado en mayor o menor medida la obra al punto de hacerla impróspera, pero con la plena certeza de que ambos partes tuvieron gran influencia y determinación en el mal resultado del contrato. (...) No a otra conclusión puede arribarse si se tiene en cuenta que, como de manera diáfana puede observarse a lo largo de la providencia, las falencias de la entidad contratante, al igual que las de la contratista, eran lo suficientemente graves como para alterar el curso normal de la ejecución del contrato, así por ejemplo, se tiene que dado el cambio del cuarto de máquinas por parte de la Unidad Administrativa, la sociedad actora se vio obligada a rediseñar en su totalidad la red de ventilación mecánica, así mismo, según se vio, en razón del desconocimiento de la parte contratante respecto de algunas zonas que iban a ser tocadas para la ampliación del aeropuerto, se debieron adelantar varias actividades tendientes a investigar sus condiciones reales, circunstancias éstas que, de suyo, debían repercutir en el desarrollo de las labores, lo mismo que se predica en razón de las indefiniciones de la entidad respecto de la red de gas, la red hidráulica, las escaleras y la rampa de servicio. (...) En ese contexto, como quiera que se trata de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, para que la parte del contrato interesada, cualquiera que fuera, pudiera valerse de la declaratoria de incumplimiento, bien sea a través de acto administrativo, como en este caso era facultad de la entidad contratante, o a través de la vía judicial, como lo solicitó la sociedad contratista, era indispensable que hubiese cumplido a cabalidad con las obligaciones que estaban a su cargo, o que se hubiese avenido a hacerlo o, lo que es lo mismo decir, que no hubiera provocado por su causa el incumplimiento del contrato, para luego poder procurar para sí el pago de los posibles perjuicios que se le hubieren causado en razón del desconocimiento de las obligaciones de su co-contratante. (...) Al respecto, en sentencia del 6 de junio de 2012 proferida por esta Subsección, se indicó: *“Ahora bien, es importante destacar que la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la Jurisprudencia de la Sección, así: [‘...’] tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante. En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena vendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada [‘...’] (Negrilla ajena al texto original). (...) Así entonces, a pesar de que la providencia en cuestión hace alusión a la solicitud de declaratoria de incumplimiento de parte de un contratista del Estado, en razón a la bilateralidad del contrato al que se refiere, las consideraciones que en ella quedaron expresadas deben entenderse también cuando sea una entidad pública contratante la que a través de acto administrativo declare el incumplimiento, pues tal condición, por disposición de la ley, constituye un presupuesto para que proceda una declaratoria de esa naturaleza. (...) Ahora bien, dado que fue posible acreditar en el proceso que, al igual que los incumplimientos de la sociedad demandante, los que son atribuibles a la entidad demandada también fueron determinantes para que el contrato no pudiera ejecutarse en el período programado y como quiera que dichos incumplimientos fueron alegados por la parte actora en la demanda para pedir la nulidad de los actos enjuiciados, la Sala debe proceder a declarar la nulidad de los mismos, pues, como se expresó con antelación, constituye presupuesto de la declaratoria de incumplimiento de un contrato que quien la solicite, o, en el presente caso, quien la declare, no haya dado lugar a su configuración.”*

b. La Sala de Decisión ordena la devolución del pago de la cláusula penal a favor del contratista -por parte de la entidad pública- en el caso que hubiere sido ejecutada.

Extracto: “La Sala declarará que en caso de que se hubiera pagado la cláusula penal que se ordenó hacer efectiva a través de la Resolución No. 05337 del 19 de agosto de 1993, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil deberá reintegrar su valor, debidamente actualizado, a quien corresponde, conforme a la fórmula que usa el Consejo de Estado para estos efectos -, desde la fecha del desembolso - índice inicial - y hasta la fecha en que se haga la devolución efectiva del dinero - índice final -, toda vez que, además de ir contra de los postulados de la buena fe contractual, resultaría desproporcionado, inequitativo, que la entidad pública contratante, por vía de la declaratoria de incumplimiento, pudiera cobrar la cláusula penal que corresponde a una tasación anticipada de perjuicios, cuando lo cierto es que su comportamiento, aunado con el del contratista, fue el que dio lugar a que el contrato no se ejecutara en su totalidad y, en consecuencia, contribuyó también en la producción de los daños que por tal circunstancia se le hubieran podido causar. En ese estado las cosas, la Sala queda relevada de analizar los demás cargos en los que se fundó la pretensión de nulidad de los actos administrativos demandados.”

Sentencia de 29 de abril de 2015. Exp. 25000-23-26-000-1995-01431-01(21081). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Acción de Controversias Contractuales

NOTA DE RELATORIA: En esta decisión se declaró la nulidad de la resolución 05337 de 19 de agosto de 1994, por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contrato 0521-OP de 1992, así como la nulidad de la resolución 03860 de 27 de junio de 1993, que confirmó la decisión contenida en la resolución 05337.

4. En caso de que la cláusula arbitral no señale, concretamente, cuáles conflictos quedan a su cargo, se entiende que todos los transigibles que surjan de la relación contractual están incluidos, siendo necesario, en caso de que las partes solo quieran someter algunos, especificar claramente cuáles escapan a la jurisdicción arbitral.

Síntesis del caso: El 14 de diciembre de 2014, se constituyó el tribunal de arbitramento para dirimir las diferencias surgidas entre C.I. Grodco S. en C.A. Ingenieros Civiles (Convocante) y el Instituto Nacional de Vías (Convocada), en el cual se resolvió, entre otros aspectos, declarar que el Instituto Nacional de Vías incumplió el contrato 1239 de 2005 y que se presentó el desequilibrio económico del mismo. El objeto del contrato de obra era el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 87, en el tramo 1 el Viajano-San Marcos-Majagual-Achí del PR40+0050 AL PR86+0750, con una longitud de 46.70 kilómetros en el departamento de Sucre. La parte convocada controvertió el laudo invocando la causal contemplada en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, “Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido”.

Extracto: “las partes de un contrato pueden, con libertad relativa, porque el legislador se los autoriza, conservar el juez natural o adoptar la justicia arbitral para solucionar sus controversias, pudiendo escoger entre una u otra opción, con amplia libertad de decisión. En caso de que se acoja la opción arbitral, es necesario que el contrato defina cuáles controversias se someterán a este mecanismo judicial extraordinario, pudiendo las partes escoger entre llevar a esa instancia todas las controversias que surjan del contrato, o sólo algunas de ellas, en cuyo caso subsistirían las dos jurisdicciones, una para unas materias y otra para las demás. Esta segunda alternativa refleja, con más claridad, la amplia posibilidad de acción que tiene la autonomía de la voluntad en relación con la justicia arbitral, considerada al momento del pacto. (...) no es posible que el tribunal conozca de conflictos que no estén autorizados por las partes, o lo que es igual, tampoco es factible que una de ellas proponga controversias que no encajen en lo dispuesto en la cláusula, ya que sin pacto expreso no opera esta justicia excepcional -esto al menos en vigencia del Decreto 1818 de 1998, que es el régimen aplicable a esta controversia-. (...)en materia contractual los árbitros deben respetar el marco de acción fijado por las partes, máxime teniendo en cuenta que el arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual se sustrae del conocimiento de la jurisdicción natural las controversias jurídicas susceptibles de transacción. Sin embargo, ni siquiera la autonomía de la voluntad puede autorizar el funcionamiento de esta forma

alternativa de solución de controversias frente a ciertos o determinados conflictos, concretamente los prohibidos por la ley, como los relacionados con la materia tributaria o con el estado civil de las personas, y en general con materias que no sean transigibles -cuya identificación supone, en algunos casos, debates de gran envergadura para concretar cuáles son-.”

Sentencia de julio 1 de 2015. 11001-03-26-000-2015-00029-00(53181). M.P. OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ(E). Recurso de anulación de laudo arbitral

5. En el marco de los contratos estatales, la administración tiene la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro amparado por una póliza mediante la expedición de un acto administrativo ejecutable ante la jurisdicción, sin que esta sea una potestad de carácter sancionatorio.

Síntesis del caso: La sociedad Seguros del Estado S.A. solicita la nulidad de la resolución n.º 3716 del 24 de septiembre de 1999, expedida por la Procuraduría General de la Nación, mediante la que declaró la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza n.º 9653944, así como de la resolución n.º 771 del 8 de marzo del 2000, que al resolver el recurso de reposición de la sociedad aseguradora confirmó el acto administrativo en todas sus partes.

Extracto: “La cláusula de garantía de los contratos estatales ha sido prevista por las diferentes normas y estatutos que ha regido esa actividad de la administración los cuales han determinado que las personas naturales o jurídicas que celebren contratos con el Estado están en la obligación de prestar una garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato y sean puestas en cabeza suya. (...) Este requisito es obligatorio y de orden público, dado que constituye una herramienta para salvaguardar los fines de la contratación estatal tales como la satisfacción del interés general, al asegurar la ejecución del objeto del contrato, y el correcto uso del patrimonio público, al proteger al patrimonio del Estado del perjuicio que se derivaría de un eventual incumplimiento del contratista. (...) Una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en el ejercicio de la actividad contractual es, precisamente, la de declarar por medio de un acto administrativo debidamente motivado la ocurrencia siniestro o riesgo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, el de estabilidad de la obra y el de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, los cuales, como se dijo, deben encontrarse asegurados por las garantías del contrato. (...) Esta conclusión se deriva de manera lógica de lo previsto en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, que en sus numerales 4 y 5 establece que las pólizas de seguro de las que la administración es beneficiaria prestan mérito ejecutivo junto con el acto administrativo que declara esa obligación -siempre que este se encuentre debidamente ejecutoriado-, lo cual implica la potestad de la entidad de declarar el siniestro, con la posibilidad de la aseguradora de oponerse solo mediante el uso de los recursos propios de la vía gubernativa y/o demandar la nulidad del acto judicialmente. (...) debe tomarse en consideración que esta prerrogativa de la administración no tiene una naturaleza sancionatoria, lo que permite su ejercicio después de terminado el plazo previsto para la ejecución del contrato, así como antes o después de su liquidación, en los casos en que esta fuere procedente.”

Sentencia de 9 de julio de 2015. Exp. 25000-23-26-000-2000-02756-01(28685). M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Medio de control de controversias contractuales

* Con salvamento parcial de voto de la Doctora Stella Conto Díaz del Castillo.

6. Cualquier conflicto de interconexión entre operadores de redes y servicios de comunicaciones es competencia de la autoridad nacional de comunicaciones del país donde se presta el servicio, que en el caso de Colombia es la CRC.

Síntesis del caso: El 10 de octubre de 2014, se constituyó el tribunal de arbitramento para dirimir las diferencias originadas con ocasión del contrato de interconexión del 13 de noviembre de 1998, celebrado en Ocel S.A. - Ahora Comcel (Convocante) y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. - ETB.- (Convocada), en el cual se resolvió, entre otros

aspectos, adoptar la interpretación prejudicial 225-IP-2013 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en consecuencia declarar el Tribunal Arbitral no era el competente para resolver la controversia. La parte convocante controvirtió el laudo invocando la causal contemplada en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1562 de 2012 “Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento...” (Causal que corresponde a las contempladas en los numerales 8 y 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998)”

Extracto: “el conflicto que se suscita entre las partes guarda relación directa con temas de interconexión, pues el valor de los cargos de acceso, que es en últimas lo que genera la disputa, forma parte esencial de aquélla. (...) el Tribunal de Arbitramento, tal como era su obligación en los términos del artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, acogió en su integridad la interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en relación con las normas que consideró aplicables al asunto sometido a su consideración y no puede pretender Comcel S.A. que, a través del recurso extraordinario de anulación se desconozca la fuerza vinculante que tiene dicho mecanismo de cooperación internacional, para que, en su lugar, se acojan sus planteamientos, que, por razonados que sean, son contrarios a lo dispuesto por este último Tribunal (el TJCA). No es el recurso extraordinario de anulación el escenario para cuestionar las decisiones de los organismos jurisdiccionales de orden internacional y no puede pretender el recurrente que las autoridades nacionales, especialmente el Consejo de Estado, como máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de la República de Colombia, desconozcan tales decisiones. Una actuación en tal sentido vulneraría los principios que rigen los tratados internacionales de derecho público, como el de *pacta sunt servanda*, el de la buena fe y el de *ex consensu advenit vinculum* (del consentimiento deviene la obligación) del cual surge la obligación de hacer consagrada, por una parte, en el inciso primero del artículo 4° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consistente en que “*Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*” y, por otra parte, el artículo 128 de la Decisión 500 de 2001, según el cual “*Los Países Miembros y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial*””

Sentencia de septiembre 23 de 2015. Exp. 11001-03-26-000-2015-00018-00(53054). M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Recurso de anulación de laudo arbitral

7. Por no percatarse varios centros hospitalarios del estado de embarazo de mujer lesionada, víctima del conflicto armado, y someterla a tratamientos que pusieron en riesgo su vida y la del nasciturus, se ordenó al Ministerio de Salud la aplicación de medidas de reparación integral, para evitar que casos de discriminación en contra de la mujer se vuelvan a presentar.

Síntesis del caso: El 24 de noviembre de 2004 mujer embarazada, sufrió heridas con arma de fuego en desarrollo de enfrentamientos entre grupos al margen de la ley, en el Corregimiento de Bebedó, Municipio del Medio San Juan, siendo remitida a varios hospitales donde le practicaron cirugías y tratamientos médicos con antibióticos, analgésicos y radiografías, dejando de lado la condición de mujer y su estado de embarazo, poniendo en peligro su vida y la del nasciturus.

a. Discriminación de género por la maternidad.

Extracto: Llama profundamente la atención de la Sala, el hecho de que solo hasta el 31 de marzo de 2005, por consulta externa al ginecólogo del Hospital Universitario San Vicente de Paúl, institución donde recibió tratamiento por la lesión sufrida en el muslo izquierdo, se haya determinado el estado de embarazo en que se encontraba la señora María Amelia Iburguen Asprilla. La paciente expuso como motivo de consulta el hecho de que no le llegaba la menstruación y refirió como última fecha de la misma el mes de septiembre de 2004. Con asombro se observa que aunque para la fecha en que recibió atención médica la señora Iburguen (desde el 24 de noviembre de 2004), en distintas instituciones hospitalarias (Centro de Salud de Andagoya, Hospital Departamental, San Francisco de Asís, Hospital Universitario San Vicente de

Paúl), ya se encontraba en estado de embarazo, dicha situación no fue identificada por el personal médico que la atendió, no solo porque en la historia clínica no se dejó constancia de haberse indagado sobre el punto, sino porque a pesar de los múltiples exámenes que se le practicaron, entre otros, de sangre, tal aspecto nunca fue objeto de análisis, según se evidencia en las respectivas historias clínicas. Para la Sala, es aún más delicado que a la paciente se le haya practicado una cirugía, haya estado sometida a tratamiento con antibiótico por osteomielitis, haya recibido analgésicos, se le hayan practicado múltiples estudios radiográficos encontrándose en estado de embarazo, pues no hay duda de que tales aspectos pusieron en riesgo la vida de la actora y la del nasciturus, al punto que, el ginecólogo calificó el embarazo como de alto riesgo. Los anteriores aspectos evidencian discriminación de género, pues los organismos médicos dejaron de lado la condición de mujer de la víctima, al punto de no advertir el estado de embarazo en que se encontraba la señora Iburguen Asprilla en desarrollo del cual se le practicaron procedimientos que pusieron en riesgo su vida y la del nasciturus.

b. Aplicación de medidas de reparación integral por discriminación a la mujer.

Extracto: La Sala reitera la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, no solo en lo relacionado con el daño a la salud, sino en lo atinente “a la aplicación de medidas de reparación integral en los casos en los que se echa de menos el trato que la mujer requiere por su propia condición, lo que evidencia la discriminación género” y, por lo tanto, exhortará al Ministerio de Salud para que implemente en la política pública la atención médica adecuada para la mujer por su condición, al tiempo que pondrá en conocimiento de las entidades hospitalarias que trataron a la señora Iburguen Asprilla esta sentencia, para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, adopten las medidas necesarias para garantizar que este tipo de casos de discriminación en contra de la mujer no se vuelvan a presentar.

Sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 27001-23-31-000-2006-00588-01(38470) M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Acción de reparación directa.

* Con aclaración de voto del Doctor Ramiro Pazos Guerrero.

SECCIÓN CUARTA

1.a. La dirección de notificaciones informada por el contribuyente durante una visita de registro tributario inicial no puede entenderse como dirección procesal.

Síntesis del caso: *La demandante aduce que la notificación por aviso efectuada en el Diario Portafolio del emplazamiento para corregir la declaración de renta por el año gravable 2003 es nula, ya que la DIAN desconoció el artículo 564 del Estatuto Tributario, porque el contribuyente en aplicación de dicha norma hizo uso de la “dirección procesal”, al indicar en la diligencia de registro una dirección de Medellín en lugar de la de Rionegro que había sido informada en el RUT. La actuación de la DIAN, además de violar los artículos 564, 565 y 566 del Estatuto Tributario, por desconocer la dirección procesal y enviar el emplazamiento a una dirección donde ya no se encontraba, produjo la pérdida del beneficio de auditoría, debido a esa notificación irregular. Por su parte la Administración señala que la dirección indicada durante la diligencia de registro, no constituye una manifestación expresa de ser la dirección procesal, además que dicha diligencia no constituye un proceso de determinación, sino una actuación preventiva probatoria.*

Extracto: “En el *sub examine*, como se expuso, la dirección suministrada por el representante legal de la sociedad dentro de la **diligencia de registro**, tuvo como objeto indicar únicamente el lugar en el que se podían realizar las «verificaciones» del impuesto de renta del año gravable 2003, es decir, que no hubo una manifestación expresa de que dicha dirección tuviera el carácter de «procesal», es decir, que en esa dirección se podrían «notificar» los actos de determinación y discusión, que es la finalidad que tiene la «dirección procesal». Además de lo anterior, es la información suministrada en el RUT la pertinente para

ubicar a los contribuyentes y, en este caso, la informada por la demandante en el RUT, al momento de los hechos, era la Carrera 52 No. 46-65 del municipio de Rionegro (Antioquia), sin olvidar que es obligación del contribuyente mantener actualizada su información en el RUT, como lo dispone el artículo 612 del Estatuto Tributario, obligación que, como se advierte, no fue cumplida por el demandante. En esas condiciones, la Sala observa que asiste razón a la demandada en el sentido de sostener que la dirección que suministró la demandante en la diligencia de registro no tenía la naturaleza de dirección procesal, pues con la práctica de esta diligencia la Administración buscó recaudar elementos probatorios, con los cuales decidiría si existían razones para iniciar o no un proceso de determinación; por ende, dicha dirección no tiene los efectos obligatorios que le otorga el artículo 564 del Estatuto Tributario para hacer exigible a la Administración la notificación del emplazamiento para corregir en la Carrera 37 No. 8-05 de Medellín. Por consiguiente, al haber sido devuelta por el correo la notificación del emplazamiento para corregir, la actuación adelantada por la Administración, de ordenar su notificación en el diario Portafolio, se ajustó a lo dispuesto en los artículos 563 y 568 del Estatuto Tributario”.

b. Los actos de la administración tributaria deben notificarse a la dirección que aparezca en el RUT y en caso de ser devuelta por el correo procede la notificación por aviso.

Extracto: “Es de anotar que las normas sobre notificación de las actuaciones de la Administración deben armonizarse con las relativas al Registro Único Tributario-RUT, pues dicho registro fue creado como mecanismo único para identificar, ubicar y clasificar a los obligados y responsables tributarios. Es decir, la información sobre los obligados y responsables tributarios y, en general, toda aquella información que sobre ellos requiera la Administración, es agrupada en el sistema único de información (dirección de notificación, información sobre la actividad económica, etc), para facilitar no sólo la gestión de la DIAN, sino la de las demás entidades del Estado que la requieran...Teniendo en cuenta que el RUT es el único mecanismo para ubicar a los contribuyentes, la Sala precisó que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 863 de 2003, que adicionó el artículo 555-2 del Estatuto Tributario, **sólo es pertinente consultar la información que aparece en el RUT, siempre y cuando la dirección haya sido informada**, porque si el contribuyente no ha suministrado ninguna información, se pueden seguir consultando las fuentes de información o ubicación a que alude el inciso segundo del artículo 563 ib, v gr., guías telefónicas, información comercial o bancaria, etc. En consecuencia, la notificación por correo debe hacerse a la **última dirección informada por el contribuyente en el RUT** y si se envía a una dirección distinta a la informada, es un error que se puede corregir dentro del término para notificar el acto. En conclusión, el acto debe notificarse a la dirección que suministre el contribuyente en el RUT, no a una distinta. De los artículos 565, 567 y 568 del Estatuto Tributario se infiere que pueden ocurrir dos situaciones: (i) cuando la Administración envía los actos a una **dirección diferente a la registrada o informada**, caso en el cual puede corregir el error, enviando los actos a la dirección correcta, y (ii) cuando el correo es devuelto por cualquier razón, menos por la referida anteriormente, evento en el cual el acto puede ser notificado por aviso publicado en un periódico de amplia circulación nacional”.

Sentencia del 12 de marzo de 2015. Exp. 05001-23-31-000-2008-00717-01(20538) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

* Salvamento de voto del Doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

2.a. Conforme a la ley 1607 de 2012, las generadoras de energía eléctrica son gravadas con el impuesto de industria y comercio siempre que la energía comercializada sea producida por ellas mismas.

Síntesis del caso: El Municipio de Caloto (Cauca) le notificó a EMGESA S.A. un emplazamiento por no presentar las declaraciones del impuesto de industria y comercio de los años 1998 a 2004, por la realización de actividades de comercialización de energía eléctrica. La actora señaló que no era contribuyente del impuesto porque su actividad principal era la generación de energía más no la comercialización, es decir que EMGESA siendo productor no puede al mismo tiempo convertirse en comercializador por adquirir faltantes en el mercado de energía. Aún en el caso que EMGESA realizara una actividad de comercialización de energía, tampoco es sujeto pasivo del ICA en

Caloto, pues la venta de energía se entiende realizada en el municipio donde es adquirida. Por su parte para el Municipio de Caloto, la actora ejerce como agente comercializador de energía y según el artículo 51 de la Ley 383 de 1997 debe pagar el impuesto de industria y comercio, pues esa comercialización constituye la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

Extracto: “De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-587 de 2014, que fue analizada en el acápite anterior, se advierte que una de las formas mediante las cuales las empresas generadoras comercializan la energía y se relacionan con otros actores en el mercado, es precisamente la venta de energía a usuarios no regulados, mediante contratos bilaterales, lo que se identifica con el nombre de mercado libre o mercado no regulado. Dicha actividad, como se expuso, se encuentra gravada con ICA de acuerdo con la regla establecida en el artículo 7 de la Ley 56 de 1981, tal como lo dispone el artículo 181 de la Ley 1607 de 2012, siempre y cuando se trate de la venta de energía generada por la misma empresa. Por el contrario, si se trata de la comercialización de energía comprada a otra empresa generadora o a una comercializadora, la obligación tributaria se debe causar conforme con las reglas generales del impuesto, específicamente en lo que tiene que ver con la comercialización de energía -el ICA se causa en el domicilio del vendedor-, carga probatoria que recae sobre el ente territorial fiscalizador. Conforme con lo expuesto, se tiene que en el proceso no existe prueba de que la energía que suministró EMGESA a los usuarios no regulados con domicilio en el municipio de Caloto, provenga de compras de energía hechas a otros generadores o comercializadores, con la finalidad de atender las necesidades o consumos de sus clientes en dicho municipio... En esas condiciones, a la luz de lo dispuesto en el artículo 181 de la Ley 1607 de 2012 y los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional, la Sección entiende que la actividad realizada por EMGESA en la jurisdicción del municipio de Caloto, encuadra como una actividad de comercialización de energía generada por la misma empresa y, por ende, su actividad continúa gravada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 56 de 1981, es decir, que la venta de la energía generada por la demandante sólo tributa por la actividad industrial en el municipio donde están ubicadas sus plantas de generación, en aplicación de la regla general prevista en el artículo 77 de la Ley 49 de 1990...Así las cosas, EMGESA no estaba obligada a declarar en el municipio de Caloto el impuesto de industria y comercio por los años gravables 2003 a 2005, por cuanto la venta de energía realizada a los usuarios no regulados con domicilio en dicha jurisdicción corresponde a una etapa de su actividad industrial como generadora de energía. Dicha empresa, se reitera, sólo estaba obligada a tributar en los términos del artículo 7° de la Ley 56 de 1981, esto es, en donde se encuentran ubicadas las plantas generadoras, como está demostrado en el expediente”.

b. La Ley 1607 de 2012 interpreta a la Ley 383 de 1997 en cuanto a que la comercialización de energía producida por las generadoras es gravada con el impuesto de industria y comercio.

Extracto: “El artículo 181 de la Ley 1607 de 2012 es una norma interpretativa. Como lo ha precisado la Corte Constitucional, una norma interpretativa tiene “efecto retrospectivo”, lo que significa que dicha norma “se incorpora a la interpretada constituyendo con ésta, desde el punto de vista sustancial, un sólo cuerpo normativo, esto es, un sólo mandato del legislador, por lo que es claro que entre una y otra disposición debe existir plena identidad de contenido normativo”. De acuerdo con los artículos citados (Código Civil art 14 y C.R.P.M art 58), como la norma objeto de análisis fija el alcance de la actividad industrial de las empresas generadoras de energía eléctrica, debe entenderse como una norma interpretativa. Téngase en cuenta que la disposición precisa que la comercialización o venta de lo producido por las generadoras de energía continuará gravada como lo prevé el artículo 7° de la Ley 56 de 1981. **No existía regla especial en materia del impuesto de industria y comercio para la comercialización de energía producida por las generadoras.** La Corte Constitucional fue enfática en reconocer que en el régimen del impuesto de industria y comercio no existía una regla especial que gravara, de manera independiente, la comercialización de la energía eléctrica producida por las generadoras, pues como lo había precisado esta Sala en oportunidades anteriores, la actividad de comercialización regulada en el numeral 3° del artículo 51 de la Ley 383 de 1997 sólo se refiere a la comercialización de empresas no generadoras y cuyos destinatarios no sean usuarios finales, en esas condiciones, no estaba contemplado, como lo confirma la Corte, el supuesto de hecho contrario, esto es, la venta de energía de empresas generadoras a usuarios finales. **La exequibilidad del artículo 181 de la Ley 1607 de 2012 es condicionada.** Esta disposición se entiende aplicable a la comercialización de

energía generada por la propia empresa generadora, caso en el cual se entiende que la comercialización hace parte de la actividad industrial, esto es, la actividad de generación. En caso de que la generadora adquiera energía para venderla, la norma ya no sería aplicable, pues el generador actúa como simple comercializador y se sujeta a una regla diferente para el impuesto de industria y comercio”.

Sentencia del 20 de agosto de 2015 Exp. 19001-23-31-000-2007-90125-01(20006) M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

* Aclaración de voto del Doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

3. No es inconstitucional ni inaplicable que los ingresos varios hagan parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio para las entidades del sector financiero.

Síntesis del caso: La Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia - ASOBANCARIA demandó en acción de simple nulidad apartes del Anexo 1 de la Circular 11 de 2011 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia por la cual se crearon y modificaron las proformas relacionadas con la base gravable del impuesto de industria y comercio de las entidades vigiladas, porque en su parecer conforme al artículo 4° de la Constitución Política debían inaplicarse los literales E) del numeral 1 y D) del numeral 2° del artículo 207 del Decreto Ley 1333 de 1986 por violar el artículo 338 de la Constitución Política. La expresión “ingreso varios” es clara en cuanto al sustantivo “ingresos” pero totalmente indeterminada en cuanto al adjetivo “varios” que puede ser aplicado a conceptos muy diversos. El artículo 207 del Decreto Ley 1333 de 1986 al establecer la base gravable del impuesto de industria y comercio para el sector financiero, no tuvo en cuenta en el literal E, los ingresos varios. La Corte Constitucional mediante sentencia C-046 de 1998 advirtió la conveniencia para la certeza jurídica de que la expresión ingresos varios hubiera sido suprimida del ordenamiento legal. Mientras tanto para la Superfinanciera, no es viable aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 207 del decreto 1333 de 1986 ya que no fue el fundamento para la expedición de la Circular 11 de 2011, sino que en su lugar fue el artículo 11.2.1.4.2 numerales 9 y 14 del decreto 2555 de 2010. La mencionada Circular no viola el artículo 338 de la Constitución porque no creó elementos nuevos para establecer el impuesto de industria y comercio, sino que previó la forma de diligenciar la información por las entidades sujetas a supervisión y control de la Superintendencia.

Extracto: “...El artículo 42 (Ley 14/83) *ibidem* señala la forma en la que los concejos municipales y el Concejo de Bogotá deben establecer la base gravable del tributo en cuestión. Los literales e) y g) sí contemplan la expresión “ingresos varios”, como referente para ser tenido en cuenta en la base gravable tanto de los bancos como de las corporaciones financieras. Esa expresión fue demandada ante la Corte Constitucional, que la declaró exequible mediante la sentencia C-046 de 1998. De otra parte, mediante la Ley 11 de 1986, el Congreso de la República revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para codificar las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y el funcionamiento de la administración municipal. Así, el presidente de la república profirió el Decreto Ley 1333 de 1986, «*Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal*», en cuyo artículo 207 se reguló lo concerniente a la base gravable del impuesto de industria y comercio de las entidades financieras. El literal E de esa norma, se reitera, no incluyó la expresión «*ingresos varios*» prevista en el literal e) del numeral 1 del artículo 42 de la Ley 14 de 1983, para los bancos, pero se mantuvo para las corporaciones financieras [en el literal d]. Posteriormente, el artículo 52 de la Ley 1430 de 2010, «*Por medio de la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad*», adicionó un párrafo al artículo 42 de la Ley 14 de 1983 que incluyó los «*ingresos varios*» como parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio de todas las entidades del sector financiero, incluidas las comisionistas de bolsa, ... Con fundamento en lo anterior, la Sala considera que hay argumentos suficientes para denegar la excepción de inconstitucional propuesta contra los literales E y D del artículo 207 del Decreto Ley 1333 de 1986. El primero por el hecho de no contener la expresión “*ingresos varios*” y, el segundo, por el hecho de no vulnerar el principio de certeza tributaria. Pero ante todo, hay lugar a denegar la excepción por cuanto, como se precisó, ya existen dos pronunciamientos de la Corte Constitucional que, aunque referidos a otras normas, declararon exequible la expresión “*ingresos varios*”, sentencias que tienen

fuerza de cosa juzgada, con efectos erga omnes y con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y las autoridades públicas, sin excepción alguna, esto es, incluida la demandante. Y como no prosperó la excepción por inconstitucionalidad de las citadas normas, tampoco se configura la causal de nulidad por violación del artículo 207 del Decreto Ley 1333 de 1986 pues, en la medida en que se entienda que dentro de la base gravable contemplada para el sector financiero sí deben quedar incluidos los “*ingresos varios*”, los Códigos PUC que adicionó la Superintendencia Financiera en la Circular 011 de 2011, demandada, que atañen a las instituciones financieras, si forman parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio, pues encajan en la expresión “*ingresos varios*”.

Sentencia del 20 de agosto de 2015 Exp. 11001-03-27-000-2011-00028-00(19072) M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Medio de control de nulidad

4. Los dos años de prescripción de la sanción por no enviar información se cuentan desde la fecha de la declaración de renta del año en que se venció el plazo para informar.

Síntesis del caso: La DIAN Seccional Cali mediante pliego de cargos le propuso al contribuyente la sanción por no enviar información por la suma de \$ 330.810.000, acto que fue confirmado mediante resolución sancionatoria. El monto anterior fue reducido con motivo de la resolución del recurso de reconsideración a \$ 314.610.000, porque el tope máximo para el año 2007, era de 15.000 UVT. El actor argumenta que: a) no hay constancia de que el pliego de cargos se haya notificado al contribuyente; b) la facultad sancionatoria prescribió porque la DIAN envió la resolución a una dirección desactualizada; c) la sanción fue impuesta en forma extemporánea porque el término de los dos años del artículo 638 del Estatuto Tributario, se cuentan desde la fecha de presentación de la declaración de renta del período del cual se pide la información. Para la DIAN los dos años que tiene la administración para notificar el pliego de cargos, se cuenta a partir de la presentación de la declaración de renta o de ingresos y patrimonio del año en que ocurrió la irregularidad sancionable.

Extracto: “Los artículos 637 y 638 del Estatuto Tributario prevén que, en materia fiscal, las sanciones pueden ser impuestas en el acto de determinación del tributo o mediante resolución independiente. En el primer caso, el término de imposición está sujeto a la oportunidad para practicar la liquidación oficial de revisión, mientras que en las sanciones impuestas mediante resolución independiente, el pliego de cargos debe notificarse dentro los dos años siguientes a la fecha en que se presentó la declaración de renta o de ingresos y patrimonio del periodo durante el cual ocurrió la irregularidad sancionable, o cesó dicha irregularidad para el caso de las infracciones continuadas. Sobre el momento en que se configura la irregularidad sancionable, la Sala precisó: “El plazo entendido como la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, en otras palabras, es el término cierto señalado para ejecutar determinada acción, por lo que, mientras no llegue el día señalado no expira el plazo y, por ende, no se entenderá la obligación incumplida, por el contrario, si el plazo o término vence sin que el obligado ejecute la acción correspondiente y no lo hace en ningún tiempo, se entenderá que la obligación no fue cumplida. Entonces, el plazo que se fije, sea en acto general o de contenido particular, es el parámetro para determinar la ocurrencia de este hecho sancionable, pues mientras no llegue la fecha límite fijada para suministrar la información requerida no se configurará la conducta irregular sancionable, que se concreta en “no suministrar la información requerida en el plazo fijado para ello”, por esta razón, se entiende que se trata de una infracción instantánea. Por lo anterior, tratándose de la sanción por no suministrar la información requerida en el plazo fijado para ello, que es lo que se analiza en el subexamine, el término de prescripción debe contarse a partir de la fecha en que el contribuyente presentó, o debía presentar, el denuncia tributario [declaración de renta y complementarios o de ingresos y patrimonio] del año en el que venció el plazo fijado para cumplir dicha obligación formal”. (Se subraya). En esa medida, como la irregularidad sancionable se concretó el 9 de abril de 2008, los dos años que tenía la Administración para imponer la sanción deben empezar a contar desde la presentación de la declaración de renta del año gravable 2008, lo que ocurrió el 11 de junio de 2009. En consecuencia, la Administración podía expedir y notificar el pliego de cargos hasta el 11 de junio de 2011 y, como consta en el expediente, ese acto se notificó por correo el 1º de febrero de 2011, es decir, oportunamente.

Sentencia del 27 de agosto de 2015 Exp. 76001-23-33-000-2013-00081-01(20621) M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

5.a. Contra un acto sancionatorio es obligatorio interponer el recurso de reconsideración para agotar la vía gubernativa, sin importar el nombre que se le dé a ese recurso.

Síntesis del caso: La DIAN le profirió pliego de cargos y luego acto sancionatorio a un contribuyente, persona natural, por no presentar información exógena respecto del año gravable 2007. Uno de los argumentos expuestos por el sancionado tiene que ver con reducir la sanción al 20% de la impuesta por la administración y reclama que como presentó la información a la DIAN, ésta debía formular un nuevo pliego de cargos y no imponer la sanción de plano. Afirma que la administración debió graduar la sanción y no ratificar la sanción máxima. Por su parte la administración, dice que el contribuyente no agotó la vía gubernativa, por cuanto no interpuso el recurso de reconsideración contra el acto sancionatorio sino que optó por la solicitud de revocatoria directa. En cuanto a la prescripción de la facultad sancionatoria, ésta no se presentó porque el plazo para notificar el pliego de cargos, vencía dos años después de la fecha prevista para declarar renta por el año gravable respectivo.

Extracto: “El artículo 722 literal b) del Estatuto Tributario señala como uno de los requisitos del recurso de reconsideración, su interposición dentro de la oportunidad legal, esto es, dentro de los dos meses siguientes a la notificación del acto definitivo. La Sala precisa que es indiferente el nombre que se dé al recurso, incluso, que se denomine “revocatoria directa”, que es un recurso administrativo extraordinario, siempre que la impugnación sea oportuna. Lo anterior, para garantizar el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y el debido proceso, por cuanto lo fundamental es hacer efectivo el derecho a impugnar un acto administrativo. En el caso en estudio, la resolución sanción se notificó por correo el 15 de febrero de 2011, hecho no discutido por las partes, por lo que el plazo para controvertirla vencía el 15 de abril de 2011. El 14 de abril de 2011, esto es dentro del término legal, la demandante impugnó la resolución sanción mediante escrito que denominó “solicitud de revocatoria directa”. Al efecto manifestó que el acto recurrido incurre en las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Todo lo anterior refleja que el escrito fue presentado como recurso de reconsideración, razón por la que correspondía a la Administración resolverlo como tal.

b. La falta de entrega y la entrega tardía de información no pueden analizarse de manera semejante para determinar el daño que puede causarle al fisco y para la tasación de la sanción.

Extracto: “... la Sala ha reiterado que es evidente que cuando el artículo 651 del Estatuto Tributario utiliza la expresión ‘hasta el 5%’, se le está otorgando a la Administración un margen para graduar la sanción, pero esta facultad no puede ser utilizada de forma arbitraria. Por tanto, corresponde al funcionario fundamentar su decisión de imponer el tope máximo con argumentos que deben atender no solo los criterios de justicia y equidad, sino también los de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, como fue expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-160 de 1998. También ha precisado que aunque la falta de entrega de información y la entrega tardía de esta inciden en las facultades de fiscalización y control para la correcta determinación de los tributos y sanciones y, en esa medida, pueden considerarse potencialmente generadoras de daño al fisco, principalmente sobre su labor recaudatoria, sin dejar de lado los consiguientes efectos negativos sobre las arcas públicas, tales omisiones sancionables no pueden medirse con el mismo rasero para fundamentar el daño inferido. Ello, por cuanto mientras la falta de entrega afecta considerablemente la efectividad en la gestión y/o fiscalización tributaria, llegando incluso a imposibilitar el ejercicio de estas, la entrega tardía impacta la oportunidad en su ejercicio, de acuerdo con el tiempo de mora que transcurra, de manera que si este es mínimo, no alcanza a obstruir con carácter definitivo el ejercicio de la fiscalización pero si, por el contrario, es demasiado prolongado, puede incluso producir el efecto de una falta absoluta de entrega. Además, el criterio temporal en el cumplimiento de la obligación de informar pone de presente la actitud colaboradora del contribuyente. Según lo expuesto, el demandante no presentó la información, lo que

revela la falta de colaboración con las autoridades tributarias y la imposibilidad de esta de efectuar cruces de información, lo que excluye la posibilidad de graduar la sanción”.

Sentencia del 27 de agosto de 2015 Exp. 73001-23-31-000-2012-033501-01(21014) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCIÓN QUINTA

1. Se niega la nulidad de la Resolución 2525 de 2014, “por medio de la cual se declara que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos válidos depositados para Parlamento Andino por Colombia ante este organismo”.

Síntesis del caso: Corresponde determinar si el acto demandado que se abstuvo de declarar la elección de los Representantes por Colombia ante el Parlamento Andino (2014-2018) y que informó que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos válidos (Resolución 2525 de 9 de julio de 2014) es nulo por aplicar el régimen electoral nacional en forma absoluta, concretamente en cuanto a las consecuencias y alcances del voto en blanco.

Extracto: “(...) la decisión adoptada por el Consejo Nacional Electoral se compone de dos partes, a saber: Una declarativa: que consiste en que el voto en blanco fue la mayor votación. Una consecuencial declarativa: abstenerse de declarar la elección de los Representantes por Colombia al Parlamento Andino. En estricto sentido, lo que hizo fue declarar que el “voto protesta” fue mayoritario, ante su abrumador resultado equivalente al 53% del total de la votación válida. Así las cosas, no fue que se abstuvo de declarar la elección, al contrario lo que hizo fue declarar mayoritaria la expresión popular del disenso y no a una persona individualmente considerada en calidad de candidato. Lo cierto es que si se determina que el voto en blanco es la mayoría real y cierta y absoluta frente a la totalidad de los votos válidos, es decir, la mitad más uno de éstos, no puede entonces afirmarse que alguna de las personas naturales candidatas fueran las ganadoras del querer popular, pues la voluntad soberana del pueblo se materializó en el voto protesta. Darle un alcance diferente, sí llevaría a desconocer contra el mandato constitucional la importancia electoral del voto en blanco. Probatoriamente, conforme a las consideraciones que reposan en el acto demandado y al E-26 PA, los resultados de las votaciones para Parlamento Andino fueron los siguientes: En cuanto a partidos y candidatos: La afirmación de la parte actora de que se desconoció la votación millonaria obtenida por los candidatos individualmente considerados carece de sustento fáctico y jurídico y se aparta de la realidad, por cuanto el triunfador de las justas electorales del 9 de marzo de 2014 en el caso del Parlamento Andino, fue la opción electoral del “voto en blanco”. Aseverar lo contrario, sí implicaría una violación flagrante a la voluntad popular del electorado quien con un abrumador 53% del total de la votación válida rechazó los candidatos que se presentaron a esas justas electorales y ello llevó a que con buen criterio el Consejo Nacional Electoral declarara que la opción más votada fuera la del voto en blanco frente y en comparación a los candidatos. Ahora bien, el aparte de la censura que se sustenta en la violación al artículo 258 Superior que ordena repetir la elección cuando del total de votos válidos, el voto en blanco constituya la mayoría, no se advierte como deber incumplido de la máxima autoridad electoral, en razón a que se presentó tránsito de legislación devenida de la derogatoria de la Ley 1157 de 2007 y que modificó el procedimiento de la elección. De tal suerte que la votación directa y por voto popular, que era el sistema eleccionario regulado por ésta, fue suprimido del ordenamiento jurídico por voluntad del legislador estatutario, para dar paso a un nuevo sistema de elección mediante la votación y escrutinio al interior de Corporación Pública (Senado y Cámara de Representantes) e incluso permitió al país cumplir con su compromiso internacional de propender por la integración andina mediante la designación de sus miembros al citado Parlamento. En tal sentido y por virtud de la derogatoria que de la Ley 1157 de 2007 hiciera la Ley 1729 de 2014, la elección fue hecha, pero conforme al nuevo sistema de elección propio de una Corporación Pública”.

Sentencia de 17 de septiembre de 2015. Exp. 11001032800020140010000 M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

2. Se confirma auto que decretó parcialmente la suspensión provisional del Acuerdo 06 de 2015 expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

Síntesis del caso: Corresponde a la Sala a resolver el recurso de súplica interpuesto por el actor contra el auto de agosto veinticinco (25) de 2015, dictado por la consejera conductora de este proceso, mediante el cual decretó parcialmente la suspensión provisional de los artículos tercero y quinto del acuerdo No. 06 de julio diecisiete (17) de 2015, expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, con las modificaciones hechas mediante acuerdo No. 07 de julio treinta (30) de 2015.

Extracto: “(...) el demandante sostuvo que según lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución, modificado por el artículo segundo del acto legislativo No. 02 de 2015, ningún proceso de elección puede llevarse a cabo sin que exista una ley. Agregó que por esta razón, la convocatoria a que hace referencia el acuerdo acusado solo puede efectuarse cuando haya una norma especial que regule el procedimiento para la escogencia de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial. Sobre el particular, observa la Sala que la primera elección de los miembros del recientemente creado Consejo de Gobierno Judicial fue regulada específicamente por el artículo dieciocho (18) transitorio del acto legislativo No. 02 de 2015, conocido como la reforma constitucional de equilibrio de poderes. En principio, la disposición fue clara al establecer que la escogencia de los integrantes del organismo deberá realizarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la vigencia de dicho acto legislativo, sin condicionamiento alguno. En este sentido, comparte la Sala la posición asumida por la magistrada conductora del proceso en el auto suplicado, según la cual la exigencia de ley previa haría inoperante el mandato establecido en el acto legislativo, ya que el trámite de aprobación del respectivo proyecto impediría cumplir el plazo fijado en el artículo 18 transitorio para la elección. En consecuencia, por este primer aspecto no le asiste razón al recurrente. El demandante también indicó que el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión recurrida contiene una orden que constituye ostensible extralimitación de funciones judiciales, ya que la Constitución y la ley no le reconocieron al juez la facultad de organizar calendarios electorales. Como quedó expuesto, el auto de agosto veinticinco (25) del presente año señaló en el numeral segundo la forma como debían entenderse los plazos para la inscripción, elaboración de listas, sorteo, elección y declaratoria de elección de los nuevos candidatos que se inscribieran para el proceso luego de la suspensión provisional de los artículos tercero y quinto del acuerdo No. 06 de 2015, con las modificaciones hechas por el acuerdo No. 07 del año en curso. A pesar de tratarse de la modificación del cronograma fijado por la Comisión Interinstitucional, la Sala estima que no puede calificarse como extralimitación de funciones judiciales por cuanto la extensión de los términos es la consecuencia lógica y directa producida por la medida cautelar decretada por la consejera conductora del proceso. Si en virtud de la suspensión ya no era posible exigir el número de firmas que respaldaba la candidatura, lo procedente era permitir la participación de los diferentes integrantes de la Rama Judicial en el proceso, sin el cumplimiento de dicho requisito, para lo cual era necesario restablecer los plazos previstos para el proceso convocado por la Comisión Interinstitucional. Entonces, por este segundo aspecto tampoco prospera la censura del actor. Finalmente, el actor estimó que la providencia no tiene justificación suficiente para sustituir a la Comisión Interinstitucional en la organización del proceso, que es incongruente con sus consideraciones porque el Consejo de Estado se abroga el poder de definir el cronograma electoral, contradictoria en su motivación al ejercer un poder del cual carece y vulnera el texto y espíritu de la reforma constitucional porque la elección fue hecha por fuera del plazo de dos (2) meses fijado por el acto legislativo 02 de 2015. A partir de los argumentos del actor y del análisis del auto recurrido, la Sala no considera que la consejera conductora del proceso haya sustituido a la Comisión Interinstitucional en sus funciones, pues el proceso de elección fue organizado autónomamente por dicho organismo como puede verse en el acuerdo No. 06 de 2015. La Sala advierte que el auto impugnado no desconoció el espíritu de la reforma constitucional adoptada mediante el acto legislativo No. 02 de 2015 sino que, por el contrario, buscó armonizar la nueva realidad del trámite de la elección, originada por la suspensión provisional, con los términos estipulados para el cumplimiento del proceso”.

Auto de 25 de septiembre de 2015. Exp. 11001032800020150001800 M.P. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

3. Se niega la nulidad del acto de elección del señor Yahir Fernando Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre.

Síntesis del caso: Corresponde a la Sala establecer la validez de la elección a una Corporación Pública de elección popular está sujeta al hecho de que el partido o movimiento político con personería jurídica por el que resultó electa la persona, obtenga durante la misma jornada electoral la votación constitucionalmente requerida para conservar dicha personería?. Y si la eventual pérdida de la personería jurídica de un partido o movimiento político por no haber alcanzado durante la jornada electoral el umbral requerido para conservarla, afecta las calidades o requisitos con que debe contar un aspirante a ser electo Representante a la Cámara, al punto de configurar la causal de nulidad contemplada en el numeral 5 del artículo 275 del C.P.A.C.A.?

Extracto: “(...) el ordenamiento jurídico cuenta con múltiples referentes sobre la apertura democrática que significó el giro constitucional adoptado por la asamblea nacional constituyente de 1991. El artículo 108 Superior, por ejemplo, enseña que el CNE, entidad que se encarga de la regulación, inspección, vigilancia y control de toda la actividad de las organizaciones políticas (Art. 265 Ib.), es la autoridad competente para reconocer personería jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos cuando obtengan una votación no inferior al 3% de los votos válidamente emitidos a nivel nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. El mismo precepto establece que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica debidamente reconocida pueden inscribir candidatos a las elecciones, para lo cual su representante legal debe otorgar el aval del caso, incluso puede delegar el ejercicio de esa atribución. Igualmente prescribe que los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos, que en principio no cuentan con personería jurídica, también pueden inscribir candidatos a las elecciones. Por su parte, el artículo 9° de la Ley 130 de 23 de marzo de 1994, consagra en cuanto a la postulación de candidatos a cargos de elección popular que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida lo podrán hacer sin más requisitos que el aval otorgado por su representante legal o por su delegado. A la luz del principio de la capacidad electoral, que en punto del ejercicio del derecho fundamental de acceso al ejercicio del poder político llama a las autoridades públicas concernidas a hacer interpretaciones estrictas sobre todo aquello que tienda a limitar este derecho, dirá la Sala que la personería jurídica de las organizaciones políticas no puede considerarse como una calidad o requisito de los candidatos del respectivo partido o movimiento político, ni mucho menos como presupuesto de elegibilidad de los mismos, ya que claramente el artículo 177 de la Constitución prescribe que “Para ser elegido representante se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección.”, a lo cual no puede adicionársele el elemento por el que claman los demandantes, quienes postulan una inaceptable hermenéutica analógica o extensiva. Para tener derecho a la asignación de curules basta, por supuesto, con que las organizaciones políticas que válidamente han inscrito candidatos a las corporaciones públicas de elección popular, superen en el caso de las cámaras territoriales el umbral del 50% del cuociente electoral, pues a partir de allí el reparto se hace con fundamento en el sistema de cifra repartidora. Parámetros que se entienden satisfechos por la elección acusada en virtud a que ninguno de los accionantes formula reparos apoyados en su desconocimiento. La Sala, en suma, observa que lo argüido por los accionantes carece de fuerza persuasiva, dado que la pérdida de la personería jurídica de un partido o movimiento político no le impide conquistar cargos o corporaciones públicas de elección popular, siempre y cuando cumpla los demás requisitos legales para ello. Prueba de lo anterior, es que el ordenamiento jurídico interno admite que las organizaciones políticas, con personería jurídica o sin ella, pueden válidamente inscribir candidatos para las jornadas democráticas y alzarse con el poder político. Además, una interpretación razonable y lógica de la situación debatida lleva a colegir que si bien la personería jurídica es un atributo de los colectivos que cumplen ciertos estándares normativos, bajo ninguna circunstancia puede tomarse requisito o calidad de los candidatos, ni mucho menos como presupuesto de elegibilidad”.

Sentencia de 7 de septiembre de 2015. Exp. 11001032800020140002300 M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO

* Con aclaración de voto de la Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y del Doctor Alberto Yepes Barreiro.

SALA DE CONSULTA

1. La Escuela Superior de Administración Pública ESAP puede celebrar convenios interadministrativos para apoyar logísticamente a los concejos municipales en la realización de concursos de méritos para la elección de personeros, y tales convenios no estarán dentro del ámbito de la prohibición del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 sobre garantías electorales.

Síntesis del caso: La Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil la ampliación del Concepto 2261 de 3 de agosto de 2015, para que ésta se pronuncie sobre la posibilidad de que la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP apoye logísticamente a los concejos municipales en la realización del concurso público de méritos para la elección de personeros durante la vigencia de la Ley de Garantías Electorales.

Extracto: “Según se indicó en Concepto 2261 de 2015 cuya ampliación se solicita, la elección de los personeros por parte de los concejos municipales debe hacerse “previo concurso público de méritos”, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley 1551. Sobre el procedimiento a seguir en estos casos, el Decreto Reglamentario 2485 de 2014, por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para elección de personeros municipales, estableció en su artículo 1º lo siguiente: “Concurso público de méritos para la elección personeros. El personero municipal o distrital será elegido de la lista que resulte del proceso de selección público y abierto adelantado por el concejo municipal o distrital. Los concejos municipales o distritales efectuarán los trámites pertinentes para el concurso, que podrá efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal. El concurso de méritos en todas sus etapas deberá ser adelantado atendiendo criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones.” De acuerdo con lo anterior, los concejos municipales pueden adelantar el concurso público de méritos para la elección de personeros a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal (inciso 2º). En el caso de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP se cumple esta exigencia en virtud de su condición de establecimiento público de carácter universitario. (...) Además, la ESAP tiene dentro de sus funciones (i) la cooperación interinstitucional con las entidades territoriales, (ii) la formación y desarrollo de la gestión pública y, precisamente, (iii) la realización de concursos para el ingreso al servicio público (que es el caso consultado). (...) La ESAP tiene competencia para capacitar y brindar asesoría a los organismos de las ramas del poder público en la realización de concursos públicos de méritos para el acceso al servicio público (asunto consultado), cuya instrumentación puede hacerse mediante la suscripción de contratos o convenios. En lo que respecta al asunto consultado las anteriores competencias se refuerzan aún más con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 1551 de 2012, por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, donde se le asigna expresamente a la ESAP una labor de apoyo a los municipios para la implementación de buenas prácticas administrativas. (...) En síntesis, la Sala considera que la ESAP, dentro de los principios de coordinación, complementariedad, sostenibilidad, economía y buen gobierno, cumple las condiciones y tiene la competencia suficiente para apoyar a los municipios en la realización del concurso público de méritos para la elección de personeros. Además, tratándose del cumplimiento de una función pública por parte de la ESAP y siendo una colaboración entre órganos y entidades del Estado, que tiene fundamento también en el artículo 113 de la Constitución Política, no habría impedimento para que ese apoyo se

brinde sin que los municipios deban pagar una contraprestación económica, tal como lo expone la consulta. (...)

La Sala observa que según lo informado por el organismo consultante, el tipo de convenio interadministrativo a suscribir tendría las siguientes características: (i) se haría directamente con los concejos municipales (no con los alcaldes) en cuanto son los órganos competentes para adelantar el concurso público de méritos para la elección de personeros; (ii) su objeto principal sería establecer los términos y condiciones del acompañamiento que prestaría la ESAP para la realización de dicho concurso por parte de los concejos municipales (organización de la convocatoria, realización de pruebas, tabulación de resultados, etc.); (iii) sería gratuito, esto es, no implicaría ningún gasto para la entidad territorial, ni comportaría tampoco ejecución o transferencia de recursos; (iv) los beneficiarios directos del convenio serían los concejos municipales (institucionalmente considerados) y en modo alguno los integrantes de dicha corporación, ni ningún otro servidor público del orden nacional o territorial; (v) no habría ayudas, estímulos, obras o servicios a favor de particulares; (vi) se ofrecería por igual y en las mismas condiciones a cualquier concejo municipal que desee recibir el apoyo de la ESAP, para lo cual se aprovecharían economías de escala y se generarían ahorros de tiempo y recursos para todos los participantes del convenio; y (vii) no guardaría relación alguna con actividades políticas o proselitistas, sino con el cumplimiento de una obligación legal. Por tanto, se puede concluir que un convenio de ese tipo no estaría dentro del ámbito de la prohibición del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en la medida en que no se suscribiría por ninguno de los sujetos pasivos de la prohibición y que su objeto no sería la ejecución de recursos públicos, ni el traslado de estos hacia las entidades territoriales, sino solamente la regulación entre la ESAP y los concejos municipales que se vinculen voluntariamente, de las actividades logísticas y de apoyo para la realización del concurso público de méritos ordenado en la Ley 1551 de 2012. Tampoco se observa que se puedan poner en riesgo los fines y propósitos de la Ley de Garantías Electorales, dado que las entidades participarían en el convenio en cumplimiento de sus funciones legales y, según lo informado en la consulta, no habría ofrecimientos de bienes, servicios o estímulos a servidores públicos o a particulares que puedan afectar la transparencia, equilibrio e imparcialidad del proceso electoral próximo a celebrarse”.

Concepto 2269 de 17 de septiembre de 2015, Exp. 11001-03-06-000-2015-00164-00(2269 AM) M.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Levantamiento de reserva legal mediante oficio de 23 de septiembre de 2015 del Departamento Administrativo de la Función Pública

ÍNDICE TEMÁTICO

SALA PLENA

- La causal de inhabilidad establecida por el Acto Legislativo 01 de 2009 es de interpretación restrictiva, y por tal razón, cuando el condenado haya pagado el valor neto fijado en la correspondiente sentencia condenatoria, se entenderá que con ello enervó la configuración de la causal por haber asumido “con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

HABEAS CORPUS

- Procede hábeas corpus al demostrarse la existencia de una vía de hecho por la prolongación ilegal de la privación de la libertad, en tanto, se omitió iniciar el juicio oral dentro del término previsto en la Ley 906 de 2004.

ACCIÓN DE TUTELA

- Las organizaciones sindicales sí pueden retirar el pliego de peticiones antes de que se suscriba la convención colectiva o que se emita el laudo arbitral que resuelve el conflicto colectivo de trabajo.

SECCIÓN PRIMERA

- Se declara la nulidad del Acuerdo 21 de 2009 expedido por el Concejo municipal de Pore - Casanare, porque entre el primer y el segundo debate para su aprobación no transcurrió el término de tres días previsto en el artículo 73 de la Ley 136 de 1994.
- Se niega la nulidad de la expresión “*En este evento no aplicarán las condiciones establecidas en el artículo 56 del Decreto 806 de 1998*”, contenida en el artículo 6° de la Resolución No. 3186 de 2003, porque el procedimiento contemplado en dicha resolución es mucho más ágil y eficiente y garantiza el derecho a la salud y a la seguridad social de los pacientes con VIH-SIDA e Insuficiencia Renal Crónica.

- El Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud) tiene competencia para establecer el procedimiento y señalar los requisitos para el recobro de los medicamentos ante el FOSYGA.

SECCIÓN SEGUNDA

- Se computa el tiempo de servicio en diferentes entidades públicas, para efecto del reconocimiento y pago de la indemnización por supresión del cargo, cuando la administración a motu propio incorpora o traslada al empleado, no cuando este renuncia y se vincula a otra entidad.
- Se declara la nulidad de la sanción disciplinaria de destitución del patrullero de la Policía Nacional, al demostrarse la presunción de inocencia del disciplinado, dado que las decisiones se motivaron solo en declaraciones de oídas, indirectas o de referencia.
- Se declara la nulidad de la sanción disciplinaria de destitución del Técnico administrativo del Ministerio de Agricultura, al demostrarse que hay ausencia del tipo penal de peculado por apropiación, por lo cual la conducta es atípica y no es procedente la sanción.

SECCIÓN TERCERA

- Condenan al Municipio de Armenia, Policía Nacional y Ejército Nacional por el saqueo de bodegas que se dio en el mes de enero de 1999 en el municipio de Armenia.
- El error judicial solo puede ser alegado por el demandante como título de imputación de responsabilidad respecto de una decisión ejecutoriada y en firme; además, debe demostrar haber incoado los recursos procedentes donde señaló el yerro que alega ahora por vía de reparación directa. Reiteración jurisprudencial.
- Para solicitar la declaratoria de incumplimiento total o parcial de un contrato es indispensable que el actor acredite que satisfizo las obligaciones contractuales que estaban a su cargo. Reiteración jurisprudencial.
- En caso de que la cláusula arbitral no señale, concretamente, cuáles conflictos quedan a su cargo, se entiende que todos los transigibles que surjan de la relación contractual están incluidos, siendo necesario, en caso de que las partes solo quieran someter algunos, especificar claramente cuáles escaparán a la jurisdicción arbitral.
- En el marco de los contratos estatales, la administración tiene la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro amparado por una póliza mediante la expedición de un acto administrativo ejecutable ante la jurisdicción, sin que esta sea una potestad de carácter sancionatorio.
- Cualquier conflicto de interconexión entre operadores de redes y servicios de comunicaciones es competencia de la autoridad nacional de comunicaciones del país donde se presta el servicio, que en el caso de Colombia es la CRC.

- Por no percatarse varios centros hospitalarios del estado de embarazo de mujer lesionada, víctima del conflicto armado, y someterla a tratamientos que pusieron en riesgo su vida y la del nasciturus, se ordenó al Ministerio de Salud la aplicación de medidas de reparación integral, para evitar que casos de discriminación en contra de la mujer se vuelvan a presentar.

SECCIÓN CUARTA

- La dirección de notificaciones informada por el contribuyente durante una visita de registro tributario inicial no puede entenderse como dirección procesal.
- Conforme a la ley 1607 de 2012, las generadoras de energía eléctrica son gravadas con el impuesto de industria y comercio siempre que la energía comercializada sea producida por ellas mismas.
- No es inconstitucional ni inaplicable que los ingresos varios hagan parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio para las entidades del sector financiero.
- Los dos años de prescripción de la sanción por no enviar información se cuentan desde la fecha de la declaración de renta del año en que se venció el plazo para informar.
- Contra un acto sancionatorio es obligatorio interponer el recurso de reconsideración para agotar la vía gubernativa, sin importar el nombre que se le dé a ese recurso.

SECCIÓN QUINTA

- Se niega la nulidad de la Resolución 2525 de 2014, “por medio de la cual se declara que el voto en blanco constituyó la mayoría de los votos válidos depositados para Parlamento Andino por Colombia ante este organismo”.
- Se confirma auto que decretó parcialmente la suspensión provisional del Acuerdo 06 de 2015 expedido por la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.
- Se niega la nulidad del acto de elección del señor Yahir Fernando Acuña Cardales como Representante a la Cámara por el departamento de Sucre.

SALA DE CONSULTA

- La Escuela Superior de Administración Pública ESAP puede celebrar convenios interadministrativos para apoyar logísticamente a los concejos municipales en la realización de concursos de méritos para la elección de personeros, y tales convenios no estarán dentro del ámbito de la prohibición del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 sobre garantías electorales.

NOTICIAS DESTACADAS

El doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca, Eugenio Llamas Pombo visitó el Consejo de Estado y en charla sostenida con el magistrado de la Sección Tercera, doctor Danilo Rojas Betancourt, abordó temas como la función de la Responsabilidad Civil y la Responsabilidad Médica.

El Doctor Llamas presentó su posición con respecto a la negativa de considerar la sanción como función del derecho de responsabilidad y habló del principio de diligencia en la práctica médica.

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 **2015**, 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

LUIS RAFAEL VERGARA Q.
Presidente
MARTHA TERESA BRICEÑO
Vicepresidente

Sala de Gobierno

María Claudia Rojas Lasso
Presidente Sección Primera
Gerardo Arenas Monsalve
Presidente Sección Segunda
Carlos Zambrano Barrera
Presidente Sección Tercera
Martha Teresa Briceño
Presidente Sección Cuarta
Lucy Bermúdez Bermúdez
Presidenta Sección Quinta
Álvaro Namén Vargas
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Liliana Becerra Gámez
Relatora 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

John Alirio Pinzón Pinzón
Relator Sección Cuarta

Jacqueline Contreras
Relatora Sección Quinta

María A. Pulido Barreto
Relatora Sala de Consulta

Carolina Valenzuela
Relatora Acciones
Constitucionales

Coordinación General

Diana Sánchez
Secretaria Privada
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

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