



BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

República de Colombia
Consejo de Estado

No 176 - Noviembre 6 de 2015
BOGOTÁ, COLOMBIA

www.consejodeestado.gov.co

EDITORIAL

Con la participación del Presidente de la República, Juan Manuel Santos, los Presidentes de las Altas Cortes, los familiares de las víctimas del holocausto al Palacio de Justicia, el gabinete ministerial del Gobierno, entre otras personalidades, se conmemoraron los 30 años de la toma a sangre y fuego del corazón de la justicia, en hechos ocurridos el 6 de noviembre de 1985 en Bogotá.

El presidente del Consejo de Estado, Luis Rafael Vergara Quintero, aseguró que en esos hechos perdió la justicia, el Gobierno de ese momento, la guerrilla del M-19 que fue la responsable del fatídico suceso, las fuerzas militares, y todo el país en general.

El Gobierno, en cabeza del Presidente Juan Manuel Santos, pidió perdón a las víctimas por todo lo ocurrido e hizo un llamado para que la consolidación de la paz evite que hechos así se vuelvan a repetir.

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:

1. Para que se configure la causal prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política es necesario que el funcionario con quien se tiene un vínculo de parentesco, ejerza autoridad civil y política en la misma circunscripción electoral, sin embargo, por expresa excepción constitucional, en tratándose de la inhabilidad consagrada en el numeral antes citado, la regla general sobre la coincidencia de la circunscripción nacional (senadores) con las territoriales no resulta aplicable.

Síntesis del caso: El problema jurídico sometido a consideración de la Sala Plena, consistió en determinar si la autoridad civil y política ejercida por el padre del Senador demandado, en su condición de Gobernador del departamento de Sucre, llevó a que se configurase la causal de inhabilidad establecida en el numeral 5 del artículo 179 constitucional.

Extracto: “ La causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, según jurisprudencia reiterada de la Corporación, se estructura bajo los siguientes supuestos: i) El candidato al Congreso debe tener vínculo de matrimonio, unión permanente, o parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con ii) un funcionario que ejerza autoridad civil o política, iii) siempre que lo anterior ocurra en la correspondiente circunscripción territorial,

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al día	
Sala Plena	1-3
Reparación de perjuicios	3
Acción de Cumplimiento	4
Tutelas	4-8
Sección Primera	9-10
Sección Segunda	10-11
Sección Tercera	11-19
Sección Cuarta	19-24
Sección Quinta	24-26
Sala de Consulta	26-27
Índice	28-31
Noticias destacadas	32

iv) también existe una condición relativa al tiempo o momento durante el cual opera dicha inhabilidad, no explicitado en la causal quinta. Esta causal, se ha dicho, se justifica a partir de dos aspectos básicos, que son: En primer lugar, en la necesidad de que sea real y efectiva la garantía al derecho a la igualdad en la contienda electoral, la cual, según se ha explicado, se quebrantaría frente a la influencia que sobre el electorado podrían ejercer los familiares del candidato. Y, en segundo lugar, en la necesidad a su vez, de preservar la ética pública al evitar que se presente una influencia del funcionario, en su condición de pariente o allegado al candidato a favor del mismo. (...) La Sala Plena en sentencia del 16 de noviembre de 2011, M.P. Dra. María Elizabeth García Gonzalez, en una acción de pérdida de investidura reiteró sobre la causal de violación del régimen de inhabilidades, consagrada en el artículo 179, numeral 5, de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 183, numeral 1, ibídem, que para que se configure la inhabilidad, el ejercicio de la autoridad civil o política del pariente del Congresista se debe ejercer en la circunscripción territorial para la cual fue elegido, así: “La salvedad que se hace en el inciso final del artículo 179 Constitucional, respecto de la inhabilidad consagrada en el numeral 5, es precisamente porque las elecciones a nivel nacional se predicen de los Senadores, en tanto que las de los Representantes a la Cámara lo son a nivel departamental, como lo dispone el artículo 176, ibídem de ahí que para esta causal se exija que el ejercicio de la autoridad civil o política del pariente del Congresista se ejerza dentro de la circunscripción territorial de la cual salió elegido, esto es, en el mismo Departamento o en cualquiera de los Municipios que lo integran. Como lo ha reiterado la Sala en diversos pronunciamientos en que ha estudiado la causal bajo examen, lo que quiso el Constituyente con tal excepción, fue proteger el derecho a la igualdad de todos los candidatos y eliminar la posibilidad de que alguien obtuviera ventajas partidistas, por lo que prohibió que se presentaran a los comicios aspirantes afectados con ese tipo de relaciones, pues, resulta razonable y perfectamente entendible pensar que los familiares se ayuden entre sí, situación que iría en desmedro de la oportunidad que tienen los otros participantes de llegar al Congreso, en condiciones de igualdad material, es decir, en sana competencia por los votos; también en aras de preservar la ética pública, procurando evitar que se presente una influencia del funcionario a favor del aspirante, desviando el ejercicio de sus funciones hacia fines electorales, descuidando las tareas a su cargo y desvirtuando la naturaleza de la función pública por tratar de ayudar al candidato de la familia.(...)” En el mismo sentido, en fallo del 21 de agosto de 2012, la Sala Plena con ponencia del Dr. Hernán Andrade Rincón, consideró respecto de la excepción prevista en el inciso final del artículo 179 de la Constitución Política que “tiene origen en el hecho de que las elecciones a nivel nacional se refieren a los Senadores, en tanto que las de los Representantes a la Cámara lo son a nivel departamental”. (...) De acuerdo con el entendimiento que ha dado la jurisprudencia a la prohibición del numeral 5 del artículo 179 de la C.P., la excepción a la regla que se establece en el último inciso del artículo 179 idem, se refiere y aplica para quienes se eligen por circunscripción nacional, esto es, los Senadores. Según esta norma, para las inhabilidades previstas en el artículo 179 de la C.P., la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad establecida en el numeral 5, que es la que se estudia en el presente caso. El alcance que ha dado la Sala sobre esta excepción a la regla general prevista en el último inciso del artículo 179 constitucional, en el sentido de que para la inhabilidad contenida en el numeral 5 no existe coincidencia entre la circunscripción nacional con las territoriales, aplica y se refiere para quienes se eligen por circunscripción nacional, esto es, los Senadores. En este caso no se cumple el requisito de la territorialidad necesario para que se configure la causal, toda vez que por expresa excepción constitucional, para la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179, no se aplica la regla general sobre la coincidencia de la circunscripción nacional (Senadores) con las territoriales. El Gobernador del departamento de Sucre, padre del Senador demandado, ejerce autoridad civil y política en la respectiva entidad territorial, la cual no coincide con la circunscripción en la que se efectuó la elección del accionado. (...) En conclusión, en el presente caso, como la autoridad civil y política que ejercía el padre del Senador demandado, en su condición de Gobernador del departamento de Sucre, no ocurrió en la misma circunscripción en la que se efectuó la elección, no se configura la causal de inhabilidad invocada en la demanda, razón por la cual se desestimarán los cargos formulados y, en consecuencia, las pretensiones de la demanda.”

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Proceso de Pérdida de Investidura. Sentencia de 21 de julio de 2015, Exp. 11001-03-15-000-2014-02130-00(PI), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE

* Aclararon su voto los Consejeros Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Martha Teresa Briceño de Valencia, Sandra Lisset Ibarra Vélez, Ramiro Pazos Guerrero y Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A UN GRUPO

1. La Subsección B de la Sección Tercera revocó la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que rechazó por caducidad la demanda interpuesta por ciento veintidós personas, en la cual se pretende la indemnización de los perjuicios ocasionados por la omisión en el reajuste de los sueldos de miembros de la policía y fuerza pública de conformidad al IPC.

Síntesis del caso: Correspondió a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 8 de octubre de 2014, que rechazó la demanda por caducidad de la acción.

La demanda se presentó contra la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-Armada Nacional, Fuerza Aérea y Policía Nacional, con el fin de que se declare la responsabilidad por el daño ocasionado a los oficiales y suboficiales de las fuerzas y cuerpo civil como empleados públicos, por la omisión en el reajuste de las mesadas periódicas conforme al índice de precios al consumidor -IPC- durante los años 1996, 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

Extracto: “De la lectura de la demanda incoada, se concluye que los accionantes pretenden la reparación del daño causado a los oficiales, suboficiales y cuerpo civil de la fuerza pública por nivelación de sus asignaciones, al margen del valor de las mesadas periódicas ya causadas. Reclaman sí su incremento, dada la proyección del mismo. Advierten que este, desde antaño debió tener en cuenta el Índice de Precios al Consumidor y consideran discriminatorio que para los retirados y pensionados lo fuera, empero para ellos no. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechaza la demanda por caducidad de la acción. Considera que a la fecha de presentación de la demanda, -17 de septiembre de 2014-, el término de los dos años de que tratan los artículos 47 de la Ley 472 de 1998 y 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estaba ampliamente superado. Para el efecto, se apoya en que la situación reseñada en la demanda data del año 1996. Por su parte, los actores advierten que la vulneración de la que son víctimas permanece, toda vez que pende su nivelación y pertenecen a las cajas de retiro obligadas a proceder de conformidad. Reclaman el restablecimiento de sus derechos laborales y prestacionales vulnerados en la actualidad, aunque el origen data de 10 o 15 años atrás. Ponen de presente, también, que el Gobierno Nacional ha reconocido el problema sin que se vislumbre una solución. Conforme a la situación expuesta, la Sala advierte que se reclama por un daño continuado, en cuanto los actores lo evidencian cada mes y advierten sobre su proyección hasta más allá de su retiro. Siendo así es claro que el recurso prospera, sin perjuicio de la posibilidad de volver sobre el punto en las oportunidades procesales pertinentes. En consecuencia, la Sala revocará la providencia impugnada para que el tribunal a quo se pronuncie sobre la admisión o inadmisión, sin considerar para el efecto la oportunidad”.

AUTO DE 26 DE JUNIO DE 2015, EXP. 25000-23-41-000-2014-01569-01(AG), M.P. STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

1. Consejo Nacional Profesional de Ingeniería -COPNIA- deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia al conocer y fallar los procesos disciplinarios que se adelanten.

Síntesis del caso: Se presentó demanda contra COPNIA, con el objeto de que se le ordene el cumplimiento del artículo 76 de la Ley 734 de 2002. La actora fundamenta la pretensión aduciendo que la entidad no está garantizando el principio de doble en el trámite de los procesos disciplinarios adelantados contra sus servidores, a su juicio, la unidad u oficina que se cree debe ser independiente de la Subdirección Jurídica del ente público.

Extracto: “De conformidad con lo establecido en la norma que se señala como incumplida, así como en lo dispuesto por DAFP en conjunto con la PGN, si dadas las circunstancias de la entidad, bien sea porque cuenta con una planta de personal reducida, o porque la cantidad de procesos internos de tipo disciplinario que allí se adelanten es muy reducida, la función disciplinaria se ejercerá de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo tercero del artículo 76 del C.D.U., por el jefe inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico del mismo; entendiéndose por jefe inmediato del mismo, el coordinador o jefe de dependencia o el jefe del organismo, según el caso y, cuando el superior inmediato sea el jefe del organismo, la segunda instancia corresponderá a la Procuraduría General de la Nación, a través del funcionario competente. Así las cosas, deberá confirmarse la decisión de primera instancia que ordenó el cumplimiento de la norma referida, pero se modificará la orden de primera instancia, con el fin de que el COPNIA para dar cabal cumplimiento a lo establecido en el artículo 76 de la Ley 734 de 2002, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia; en consecuencia, el COPNIA deberá organizar la referida unidad u oficina, atendiendo a lo dispuesto en esta providencia por lo que deberá establecer claramente quién es el superior inmediato de cada servidor y así determinar la primera y la segunda instancia en dichos procesos”.

SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2015, EXP. 25000-23-41-000-2015-00974-01(ACU), M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

ACCIONES DE TUTELA

1. En amparo del derecho fundamental a la educación superior, se ordena a la Fundación San Martín y al Ministerio de Educación Nacional que hagan extensivo el plan de contingencia, para que se les permita a los estudiantes que culminaron el pensum académico en un programa sin registro calificado, presentar los exámenes de homologación a fin de obtener el título.

Síntesis del caso: Dos estudiantes de la especialización de cirugía oral y maxilofacial interpusieron acción de tutela contra el Ministerio de Educación Nacional, la Fundación Universitaria San Martín y el Presidente del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior -ICETEX-, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la educación, a la libertad de cátedra y aprendizaje, al debido proceso, a la igualdad y al libre

desarrollo de la personalidad, en razón a que, por la falta de registro calificado del programa, no han podido optar al título a pesar de haber cursado y aprobado el pensum académico del mismo.

Extracto: “Considera la Sala que, si bien el Ministerio de Educación Nacional informó que se adelantaron planes de contingencia encaminados a solucionar los gravísimos problemas presentados por la Fundación Universitaria San Martín, tal como la misma entidad lo señaló en el escrito de oposición, solo hasta enero de este año se tomaron medidas académicas y administrativas de intervención, lo que demuestra claramente su omisión en el deber de vigilancia y control sobre las universidades, corporaciones, fundaciones, entre otras, que prestan el servicio de educación superior. En ese orden de ideas, a pesar de que el Ministerio de Educación instauró un plan de contingencia tendiente a que se les realizara la devolución del dinero a los estudiantes que hubieran sido matriculados sin que la fundación tuviera el registro calificado, dicha decisión contiene también la exclusión de la posibilidad de que las personas que ya habían terminado con satisfacción el pensum académico, pudieran optar por el título de especialistas. En esa medida, a juicio de esta Sala la determinación de descartar a los demandantes de poder acceder al grado como especialistas en Cirugía Oral y Maxilofacial de la facultad de odontología, aun cuando cumplieron los requisitos exigidos por la universidad para obtener el título, genera la vulneración del derecho fundamental a la educación y a los principios de confianza legítima sobre la administración y buena fe de éstos, pues en una clara omisión en los deberes del Ministerio de Educación, no se percataron que la Fundación Universitaria San Martín, a pesar de no contar con el registro calificado, desde hacía varios años se encontraba matriculando y ofreciendo a las personas el programa de odontología, en concreto, la especialización referida. Dadas esas condiciones, no es aceptable para esta Sala trasladar la responsabilidad por la deficiente administración de la institución educativa y de su entidad reguladora a los señores Basterrechea y Bolaños Juri, para impedirles que puedan acceder al grado como especialistas en la materia, pese a haber aprobado todos los requisitos exigidos por la fundación en comento, pues ese hecho va en contra del principio de confianza legítima y en la seguridad de que se encontraban inscritos en una institución educativa debidamente constituida académicamente y regulada por el Ministerio de Educación, a sabiendas que tenían vencido el registro calificado, sin comunicárselo a los estudiantes... no es posible que los demandantes insistan en pedir que se les otorgue el título de posgrado de una institución que no cuenta con los estándares de calidad en la educación que ofrece, y que además es de conocimiento público, que ésta no cuenta con el certificado exigido por la ley, por lo que se deberá atender a lo dispuesto por la Ley 1740 de 2014, la cual establece la posibilidad de que cuando un estudiante ha cursado estudios sin el respectivo registro certificado, deberá presentar un examen ante una institución de educación superior que cuenta con el respectivo registro calificado en el mismo programa con el fin de que si lo aprueban, le sean validados todos los estudios que no contaban con amparo de registro calificado... En razón de lo discurrido, se revocará el fallo impugnado que declaró improcedente la presente acción, para en su lugar, amparar el derecho fundamental a la educación de los demandantes, y se ordenará al Ministerio de Educación Nacional y a la Fundación Universitaria San Martín, que en el término de 30 días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente providencia, hagan extensivo el plan de contingencia elaborado por esa cartera ministerial, y realicen todos los trámites pertinentes, para que los demandantes puedan presentar los exámenes de homologación ante una Institución de Educación Superior que cuente con el registro calificado en el mismo programa que adelantaron de Especialización en Cirugía Oral y Maxilofacial, que de ser aprobados puedan acceder al título reclamado en la acción de tutela”.

SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2015, EXP. 25000-23-42-000-2015-02625-01(AC), M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

2. En amparo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, en un asunto de responsabilidad médica, la Sección Quinta ordenó dejar sin efectos las providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Risaralda y por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por las cuales se rechazó la demanda de reparación directa por caducidad de la acción.

Síntesis del caso: La actora ejerció acción de tutela con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y el derecho

de los niños, los cuales estimó vulnerados con la decisión del 10 de octubre de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda rechazó la demanda de reparación directa que instauró contra la ESE Hospital San Rafael de Pueblo Rico y la EPS Servicio Occidental de Salud por caducidad de la acción, y con la providencia del 9 de abril de 2014 por medio de la cual la Sección Tercera, Subsección "C" de esta Corporación confirmó dicha decisión.

Extracto: "Es evidente para la Sala que el legislador tiene la facultad de alterar la aptitud de determinada autoridad judicial para tramitar un proceso, aun tratándose de aquellos que se encuentran en curso, sin que ello implique violación del derecho fundamental al debido proceso. No obstante, aun cuando de la situación descrita no se derive violación alguna, reprocha la Sala que en asuntos como el que se estudia, donde la interpretación que se dio a la Ley 712 de 2001, permitió que una y otra jurisdicción se atribuyeran el conocimiento de las controversias derivadas de hechos constitutivos de responsabilidad médica y, por lo mismo, que los ciudadanos de manera indistinta acudieran a demandar con preferencia de la justicia ordinaria por ser la que consagra un término prescriptivo más favorable [3 años], sea la parte actora quien deba soportar la carga negativa de dichas interpretaciones. Cuando resulta indiscutible que la falta de una decisión única frente al juez competente para conocer de ese tipo de controversias representa para el usuario de la administración de justicia una evidente confusión lo que genera inseguridad jurídica al momento de ejercer su derecho de acción y, decidir cuál será el mecanismo apropiado para obtener la satisfacción de sus pretensiones. Optando por obvias razones por el que le sea más favorable. De igual manera, censura la Sala que las autoridades judiciales demandadas en este asunto hubieran proferido una decisión de rechazo de la demanda por caducidad de la acción cuando de conformidad con lo establecido en el numeral 8° del artículo 625 del CGP el expediente debía ser remitido a la autoridad competente en el estado en que se encuentre y a partir de allí, esta debía continuar con su trámite... Luego es evidente para la Sala que en razón a la confusión que generaron las distintas interpretaciones de los dos máximos órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones y que, en el proceso que adelantó la hoy tutelante por responsabilidad médica ya se había superado la etapa de admisión de la demanda el 13 de abril de 2012 esto es, antes de la entrada en vigencia de la disposición del Código General del Proceso que ordenó la remisión de los procesos de esa naturaleza a otros jueces, no era dable al Tribunal Administrativo de Risaralda ni a la Sección Tercera, Subsección "C" de esta Corporación, evaluar si la demanda se presentó en tiempo o no, dejando de lado las circunstancias narradas en esta providencia y conocidas por todos los operadores jurídico so pena de violar el derecho de acceso a la administración de justicia de la accionante, como en efecto ocurrió. En consecuencia, habrá de revocarse la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de tutela, para en su lugar, amparar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la accionante".

SENTENCIA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2015, EXP. 11001-03-15-000-2014-02579-01(AC), M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

3. Sección Quinta tuteló el derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa, al no ser tenida en cuenta en el proceso de concertación del plan parcial "El Edén- El Descanso".

Síntesis del caso: Corresponde a la Sección Quinta decidir la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera- Subsección A, que resolvió la tutela presentada por la Comunidad Muisca de Bosa -colectividad indígena asentada en las Veredas San José y San Bernardino de la Localidad de Bosa- contra la Nación -Ministerio del Interior-, el Alcalde de Bogotá, la Secretaría de Gobierno de Bogotá, la Secretaría de Hábitat de Bogotá, la Secretaría de Planeación de Bogotá, la Alcaldía Local de Bosa y Metrovivienda.

En la tutela la comunidad indígena pretende el amparo de sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la participación democrática, al debido proceso y a la identidad cultural, por cuanto, considera que estos han sido desconocidos con ocasión de los planes parciales "Campo Verde" y el "Edén-El Descanso", por medio de los cuales se proyectó la realización de ciertas

obras urbanísticas dentro de zonas que, a su juicio, hacen parte de su territorio ancestral, sin que fueran previamente consultados.

Extracto: “El derecho fundamental a la consulta se desconoció en el presente caso, pues pese a la existencia fáctica, real de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa en el Distrito Capital, realidad reconocida institucionalmente desde 1999, esta no fue tenida en cuenta en el proceso de concertación en el plan parcial denominado el Edén- El Descanso. Desconocimiento que puede atribuirse especialmente a las dependencias del Ministerio del Interior competentes para el manejo de los asuntos étnicos, que, basados en lo que podemos denominar un formalismo -inexistencia del estudio por parte de la entidad correspondiente, hecho que no es muy claro dado que el reconocimiento de 1999, es prolífico en explicitar las razones por las cuales debe aceptarse la existencia de la comunidad indígena en la jurisdicción de Bosa- negó durante más de 7 años, la existencia de la comunidad accionante, pese a que la misma ya se había identificado... el solo hecho de no haber concertado con la Comunidad Indígena Muisca de Bosa el Plan Parcial Edén-El Descanso, previa a su aprobación por las autoridades distritales, es un claro desconocimiento de este derecho fundamental que debe ser previo y no posterior a la decisión que puede tener efectos directos sobre la respectiva comunidad, dado que la mencionada colectividad existía -fácticamente está demostrado que estaba-, pero en razón de las decisiones estatales no se tomaron medidas para determinar su presencia en el área de intervención, basados precisamente en la declaración de inexistencia. En otros términos, una consulta que se efectúa con posterioridad a la decisión que debe tomar desnaturaliza la esencia de este mecanismo y es en si misma contraria a su razón y finalidad... es evidente que a la Comunidad Indígena Muisca de Bosa le ha sido vulnerado su derecho fundamental a la consulta, porque las autoridades competentes, en el orden nacional la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y en el local, las diferentes dependencias del Distrito Capital, no han logrado avanzar en la concertación de medidas que puedan mitigar los efectos del plan parcial que fue aprobado sin su participación y que según se advierte por la misma comunidad ha implicado que hoy 43 familias hayan sido expropiadas, sin tener en cuenta su especial condición. Lo expuesto significa que, frente al plan parcial el Edén -El Descanso, el derecho a la consulta ha sido desconocido por las mencionadas autoridades, razón por la que la Sala revocará el fallo impugnado, para, en su lugar, amparar este derecho y todos aquellos que con él se materializan, descritos en otro acápite de este fallo”.

a. La Secretaría Distrital de Planeación de Bogotá deberá suspender cualquier actividad relativa a la ejecución del plan parcial el “Edén - El Descanso”, hasta tanto se efectúe la consulta previa a la Comunidad Indígena Muisca de Bosa.

Extracto: “Se ordenará a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, para que en el término de las 48 siguientes a la notificación de esta providencia, dé estricto cumplimiento al Protocolo sobre consulta previa expedido mediante la Directiva No. 10 de 2013, a partir de la preconsulta, a efectos de establecer la metodología para la consulta, y si no es posible llegar a un acuerdo con la comunidad, la Dirección, junto con las entidades que esta debe convocar, entre ellas Defensoría, Personería y Procuraduría, deberán evaluar el impacto de plan en la comunidad para determinar, en un tiempo racional, prudencial, que no puede prologarse más de tres meses, las actuaciones que se deben acometer, a efectos de evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del plan parcial, como lo señala la guía para la realización de la consulta. Plazo que se justifica, en cuanto la Comunidad Muisca de Bosa lleva más de cuatro años asistiendo a las reuniones convocadas, sin resultado alguno. A la Secretaria Distrital de Planeación, a través de la Dirección de Planes Parciales del Distrito Capital-, suspender cualquier actividad relativa a la ejecución del plan parcial el ‘Edén -El Descanso’ hasta tanto se efectúe la consulta previa. En especial, deberá establecer en el término de 8 días, si, como lo señala la comunidad accionante, i) se produjo la construcción del parqueadero para los vehículos del Sistema Integrado de Transporte en el territorio de la Comunidad Muisca Indígena, y ii) si el IDU inició la construcción de una ciclo-ruta en la Alameda El Porvenir, de ser estas obras ciertas, deberá suspender el uso de la primera y la construcción de la segunda, hasta la culminación de la consulta que en esta providencia se ordena agotar. A la Personería Distrital se le solicita verificar esta orden. En caso de no cumplirse, deberá tomar las medidas del caso para que se suspenda la operación del mencionado parqueadero y la construcción de la ciclo ruta, hasta tanto concluya el proceso de consulta. Igualmente, se le ordenará a la Defensoría del Pueblo que en ejercicio de las funciones asignadas por el artículo 282 de la Constitución Política, asesore y acompañe a

la Comunidad Indígena Muisca de Bosa de la ciudad de Bogotá en el proceso de consulta del plan parcial el 'Edén -El Descanso', para el cumplimiento efectivo del derecho fundamental que en esta providencia se protege. En este sentido, deberá allegar al a quo un informe sobre el seguimiento y culminación del proceso, así como del cumplimiento de los acuerdos y las medidas que se lleguen a adoptar. Adicionalmente, se exhortará a la Procuraduría General de la Nación -Delegada para la prevención en materia de derechos humanos y asuntos étnicos- Grupo de Asuntos Étnicos-, para que en ejercicio de sus funciones, vigile el adelantamiento de la consulta del plan parcial el 'Edén -El Descanso', con observancia de los derechos fundamentales de dicha comunidad y de conformidad con los parámetros señalados por el Tribunal Constitucional".

SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2015, EXP. 25000-23-41-000-2015-00873-01(AC), M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO (E)

4. La Sección Quinta declaró la improcedencia de la tutela interpuesta contra el laudo arbitral decidido por el Tribunal de Arbitramento Consorcio Vía al Mar Nuquí 2006.

Síntesis del caso: El Consorcio Vía al Mar Nuquí 2006, a través de apoderada judicial, promovió acción de tutela invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia; a su juicio, vulnerados con el laudo del 23 de julio de 2015, en el cual, el Tribunal de Arbitramento se declaró inhibido para conocer la controversia suscitada entre el Consorcio y el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, en el marco del contrato No. 2985 de 2006, celebrado con el fin de realizar "estudios, diseño, construcción y pavimentación de la carretera Nuquí - Las Ánimas".

Extracto: "el problema jurídico que subyació al laudo enjuiciado, y que motiva la presentación de la tutela, se redujo a determinar si el Tribunal de Arbitramento tenía o no competencia para resolver las diferencias surgidas entre el Consorcio Vía al Mar Nuquí 2006 y el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, en razón del contrato No. 2985 de 2006, de cara a la habilitación dada por dichas entidades en el compromiso arbitral de 21 de enero de 2014, en el que se definieron límites a los elementos que podía someterse a conocimiento del órgano judicial hoy enjuiciado... No obstante, contrario a lo dicho por la apoderada del Consorcio, esta Sala observa que los hechos del sub examine encuadran perfectamente en uno de los supuestos normativos previstos por el numeral 9 de la norma transcrita, y que tiene que ver con la omisión en la que pudo haber incurrido el Tribunal acusado al no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento", o, eventualmente, en alguna otra propia del recurso extraordinario de anulación, como por ejemplo la 2, que refiere a la competencia. Por lo tanto, ante la existencia del recurso extraordinario de anulación, se descarta la posibilidad de que el juez constitucional pueda entrar a evaluar aspectos que son propios de la órbita del juez contencioso, en este caso la Sección Tercera del Consejo de Estado, a quien el legislador confirió el estudio de este medio exceptivo de impugnación cuando una de las partes en contienda sea una entidad pública, como en este caso lo es el INVÍAS. No sobra recordar que ya esta Sección se ha pronunciado respecto de la idoneidad y eficacia del recurso extraordinario de anulación en los casos en que se invoca la violación de derechos fundamentales como el debido proceso o el acceso a la administración de justicia, y que descartan la subsidiariedad del mecanismo de amparo... Bajo ese entendido, resulta palmario que la decisión mediante la cual el Tribunal de Arbitramento se declaró incompetente para conocer de la litis trabada por el Consorcio es pasible de control a través del recurso extraordinario de anulación de laudos, en cuanto con ella dejó de decidir sobre cuestiones que, a juicio de la libelista, se encontraban sujetas al arbitramento. Y en la misma medida, es claro, por las razones expuestas, que es ese el mecanismo idóneo y eficaz para infirmarla y no la acción de tutela".

SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 2015, EXP. 11001-03-15-000-2015-02270-00(AC), M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SECCIÓN PRIMERA

1. Se ordena al municipio de Anapoima dar cumplimiento al Acuerdo 026 del 21 de junio de 1990, y en consecuencia otorgar la beca de enseñanza universitaria al primer niño que nació en el Centro de Salud Materno Infantil.

Síntesis del caso: Se demandan, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los oficios de 2 de abril y 23 de mayo de 2007 por medio de los cuales el Municipio de Anapoima negó al joven David Nicolás García Garay la beca de enseñanza universitaria creada mediante Acuerdo 026 del 21 de junio de 1990 por el Concejo Municipal con motivo de la inauguración del Centro de Salud Materno Infantil de ese municipio para el primer niño o niña nacido en ese centro asistencial. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad de los actos demandados y ordenando, a título de nulidad y restablecimiento del derecho, el pago de los valores correspondientes a matrículas, pagadas o que le corresponda pagar, como estudiante de la Facultad de Ingeniería Ambiental en la Universidad del Bosque en la ciudad de Bogotá. La Sala confirmó la sentencia de primera instancia.

Extracto: La beca fue creada por el ente público competente, es decir, por el Concejo Municipal de Anapoima mediante Acuerdo No. 026 de 1990 en el cual se determinaron de manera concreta y explícita la finalidad, destinatario, alcances materiales y temporales, las condiciones y criterios de asignación y su publicidad. El artículo 2° del acto enunciado desarrolla tales requerimientos condicionando el otorgamiento de la beca a circunstancias como un límite de edad, promedio de calificaciones, aprobación de la totalidad de las materias del pensum en cada semestre, y la permanencia en la misma universidad, salvo que el cambio de alma mater implique un costo inferior en la matrícula (...). De la lectura de la citada disposición se observa que la obtención de la beca no tenía vocación de permanencia, pues como se indicó, está sujeta al cumplimiento de unos requisitos concretos que hacen que no se circunscriba en los conceptos descritos en el artículo 355 de la Carta Suprema. La beca ordenada en el Acuerdo No. 026 de 1990 por el Concejo Municipal de Anapoima respondía a un criterio objetivo en la medida en que para los Cabildantes de la época era importante que se inaugurara un Centro de Salud Materno Infantil que permitiera atender en esta especialidad médica las necesidades de sus pobladores. En efecto, para hacer visible tal labor dispusieron de un reconocimiento académico para el primer niño o niña que naciera en dicho centro. Nótese como no existía la intención de privilegiar una persona determinada, sino de realzar o engrandecer o hacer sentir a la comunidad parte de ese nuevo centro de salud (...). Todo lo dicho hasta ahora permite indicar que independientemente del régimen constitucional en el que nos encontremos, es decir, el de la Constitución de 1886 o del 1991, la beca otorgada mediante el Acuerdo No. 026 de 1990 no es un auxilio ni una donación, y entonces la razón aducida por el ente territorial demandado para negarse a otorgar tal beca a David Nicolás García Garay carece de sustento jurídico. En tal orden, para la Sala resulta acertada la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuando declaró la nulidad de los Oficios proferidos por el Municipio de Anapoima calendados el 2 de abril de 2007 y el 23 de mayo de ese mismo año, y en consecuencia tendrá que confirmar la providencia del 2 de junio de 2011.

a. La beca de enseñanza universitaria no tiene el carácter de auxilio ni donación.

Extracto: Las becas no corresponden a una donación ni a un auxilio, dado que su otorgamiento responde al cumplimiento de un deber constitucional legítimo relacionado con la promoción de la educación en todos los niveles y ello habilita al Estado en la posibilidad de financiar un programa académico por medio de incentivos, estímulos o ayudas económicas destinadas a personas que cumplan con las condiciones que prevea el acto que la conceda. Es importante precisar que quien se beneficie de tal subvención se encuentra vinculado por el cumplimiento de las exigencias que para su otorgamiento y conservación determine la autoridad administrativa. Ahora, tendrá que determinarse en cada caso si el subsidio

concedido responde a tales características o si por el contrario, se encuadra dentro de los conceptos de auxilio y donaciones de que habla el artículo 355 Constitución Política.

Sentencia de 23 de julio de 2015, Exp. 25000-23-24-000-2007-00391-01, M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

2. Como medida cautelar de urgencia se decretó la suspensión provisional de la Resolución 2623 de 2011, que convalidó un título de médico especialista en cirugía plástica, porque estaría falsamente motivada puesto que se fundamentó en documentos presuntamente falsificados y por los posibles daños que pueden causarse a los miembros de la sociedad.

Síntesis del caso: Se solicita la suspensión provisional de la Resolución 2623 de 5 de abril de 2011 expedida por el Ministerio de Educación Nacional, por medio de la cual se convalidó y reconoció al señor José Roberto Zuluaga Martínez “el título de médico especialista en cirugía plástica, otorgado por la Universidad de Buenos Aires, como equivalente al título de especialista en cirugía plástica, reconstructiva y estética”. El Despacho decreta la suspensión provisional del acto como medida cautelar de urgencia.

Extracto: De la lectura de los oficios sin número de 18 de octubre de 2013 y de 31 de octubre de 2013, se puede válidamente en derecho afirmar que el acto acusado fue falsamente motivado, pues fue expedido con ocasión del título de MÉDICO ESPECIALISTA EN CIRUGÍA PLÁSTICA, otorgado el 11 de junio de 2010 por la Universidad de Buenos Aires, el cual fue presuntamente falsificado, toda vez que consultada la institución académica anteriormente mencionada, la misma certificó la inexistencia en su base de datos de dicho diploma, del egreso del señor Zuluaga Martínez e informó que el diploma aportado para el correspondiente cotejo no correspondía a los expedidos por la Universidad. En razón de lo anterior, comoquiera que del material probatorio allegado al proceso se desprende razonablemente que el acto acusado estaría falsamente motivado puesto que se fundamentó en documentos presuntamente falsificados, fuerza es decretar la medida cautelar solicitada. Finalmente, se advierte que es procedente decretar la presente medida cautelar como de urgencia, debido a que con ocasión de la expedición del acto acusado en el presente proceso, el señor José Roberto Zuluaga Martínez debido al título de especialista en cirugía plástica, con el ejercicio de la profesión sin los debidos conocimientos, podría ocasionar daños graves a los miembros de la sociedad, incluso colocando en situación de riesgo la vida de los pacientes a los que interviene con ocasión de dicha titulación.

Sentencia de 23 de septiembre de 2015, Exp. 11001-03-24-000-2014-00576-00, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Medio de control de nulidad

SECCIÓN SEGUNDA

1. Se declara la nulidad de la sanción disciplinaria de suspensión del cargo de Coordinador del Grupo de Programas Especiales del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, al no existir una conducta antijurídica que lleve a una ilicitud sustancial.

Síntesis del caso: Se demanda la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) fallo de primera instancia del 31 de octubre de 2008, por medio del cual la Procuradora Delegada para la Economía y la Hacienda Pública lo declaró disciplinariamente responsable, y ii) fallo del 30 de julio de 2009, mediante el cual la Sala Disciplinaria del organismo accionado resolvió el recurso de apelación, modificando la decisión inicial.

Extracto: En este orden de ideas, no podría hablarse de la existencia de una conducta antijurídica, porque no existe ilicitud sustancial, es decir, no existe incumplimiento injustificado al deber funcional, en tanto que no tenía asignada de manera expresa la función. El artículo 5° del C.D.U., consagra que la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna, implica que se tenga asignada en concreto la función, pues, la actividad pública es reglada, por lo tanto, no es legítimo asignar responsabilidad disciplinaria a cualquier servidor público, si no es a partir del incumplimiento injustificado al deber específico, de ahí que no se ajuste a derecho que la autoridad disciplinaria, partiendo de un deber general y haciendo una interpretación extensiva, deduzca responsabilidad y sancione al actor. Finalmente, la presunción de inocencia exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de toda duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del deber funcional y la conexión del mismo con el acusado. Toda duda razonable debe resolverse en favor del investigado, bajo el denominado principio *In dubio Pro Disciplinado*. Concretamente, la duda razonable encuentra su fundamento en la idea de que es preferible absolver a culpables que condenar a inocentes, propio de los sistemas probatorios que giren en torno a la presunción de inocencia, como sucede con el nuestro.

Sentencia de 23 de septiembre de 2015, Exp. 11001-03-25-000-2010-00162-00(1200-10), M.P. JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCIÓN TERCERA

1.a. Se condenó a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por la muerte de dos ciudadanos y heridas a otros en un supuesto enfrentamiento militar. Violación de los Convenios y Protocolos I y II de Ginebra por incumplimiento del deber internacional de distinción de la población civil en escenarios de conflicto armado.

Síntesis del caso: El 2 de diciembre de 2000, el señor Yesid Valero Soriano fue obligado por un grupo armado al margen de la ley a transportar en vehículo de su propiedad a unos integrantes de ese grupo, cuando se desplazaban por la vía de Veracruz del municipio de Anzoátegui (Tolima) se encontraron con un grupo de militares y los guerrilleros procedieron a huir. El señor Valero Soriano fue abordado por los integrantes del Ejército Nacional, quienes lo golpearon y le dieron muerte. Respecto a estos hechos los miembros del Ejército no presentaron los respectivos informes. Posteriormente, el 19 de enero de 2001 se produjo la muerte del señor Saúl Mahecha Díaz y lesiones del señor Angel María Vargas Pérez por la explosión de una granada, que había sido dejada en el mismo lugar donde se dio muerte al señor Valero Soriano y cuyo olvido fue atribuido a los integrantes del Ejército Nacional.

Extracto: "De acuerdo con el material probatorio allegado al plenario la Subsección encuentra que el día 2 de diciembre de 2000 el señor Yesid Valero Soriano resultó muerto a manos del Ejército Nacional, tras un enfrentamiento entre la fuerza armada y subversivos (...) [y] no existía elemento que determinara la peligrosidad del señor (...) por el contrario este no ofreció resistencia, ni se encontraba armado, motivo que conducía a que la fuerza pública debía por todos los medios a su alcance evitar poner en peligro la vida del sujeto y de la comunidad. Sumado a lo anterior, se debe tener en cuenta que los verdaderos guerrilleros se dieron a la huida dejando el vehículo en el cual se transportaban, y según el dicho de los testigos no desenfundaron sus armas contra los militares, es decir, no existía la necesidad de asesinar a quien se quedó en el vehículo esperando ser rescatado y protegido, acción que sin lugar a dudas le correspondía a la fuerza pública, ya que el señor Valero Soriano había sido amedrentado para transportar a los subversivos. Es por todo lo anterior, que a los soldados se les imponía la imperiosa necesidad de actuar con suma cautela y a adoptar las medidas de precaución, buscando de esta forma, evitar los nefastos acontecimientos como el que aquí ocupa la atención de la Sala. Finalmente, si bien las autoridades tienen la obligación de actuar en toda circunstancia, sus procedimientos siempre deben

obedecer a sanos criterios dentro de los límites de proporcionalidad y razonabilidad, de manera que los riesgos o peligros en que se sitúa a la población civil sean mínimos, por lo cual los miembros de las fuerzas militares deben procurar por todos los medios que su actuar se enmarque en absoluto discernimiento de causa y prudencia y con pleno conocimiento de las normas y los procedimientos de estrategia militar, deberes positivos que la Sala encuentra quebrantados y por los cuales se configura la falla del servicio de las entidades demandadas. Adicionalmente, la Sala no puede pasar desapercibida la ausencia de acciones o actuaciones de las entidades demandadas para desenmarañar los hechos demandados, es decir, en este caso no se presentó informe administrativo del suceso ni mucho menos de inicio de alguna investigación disciplinaria. Lo anterior, a pesar de contar con pruebas para iniciar el esclarecimiento de los mismos, y la única investigación iniciada y sobre la cual se cuenta con prueba es la penal que fue archivada en la etapa previa, sin ni siquiera solicitar a la autoridad competente la inscripción de la defunción del señor Yesid Valero Soriano como consta en el oficio suscrito por la Secretaria del Juzgado 80 Penal Militar de fecha 13 de noviembre de 2014. En conclusión, la conducta desplegada por las entidades demandadas constituye una falla en la prestación del servicio, ya que los militares involucrados en los hechos vulneraron el principio de distinción distinguir entre combatientes y población civil involucrándola en los conflictos armados, ni adoptar medidas de precaución en el combate que exige este tipo de operativos, quebrantaron los principios y normas que deben inspirar el uso de la fuerza por parte del Estado, incumpliendo de esta manera los deberes normativos que se les imponen a las Fuerzas Militares en la Constitución, la Ley y los tratados internacionales, particularmente los artículos 51, 57 y 58 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales 8 de junio de 1977 y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977, en el título IV referente a la población civil en el artículo 13 y en el artículo 3º numeral 1,7 y 8. La salvaguarda de la población civil en ataques armados, es un principio constitucional que no admite desconocimiento por el contrario, tiene que ser reconocido de esta forma, que las autoridades públicas están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, es decir, actuar de manera antitética a dichos postulados trae como consecuencia la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas y la consecuente reparación de los perjuicios, como debe ocurrir en el caso en comento.”

b. Se causó muerte a un ciudadano y lesiones a otro con la explosión de una granada de uso militar que fue abandonada por miembros del Ejército Nacional.

Extracto: “La Sala observa que los hechos se produjeron como consecuencia del descuido, imprudencia y negligencia de los miembros del Ejército Nacional que se vieron involucrados en la muerte del señor Yesid Valero Soriano, ya que al incumplir las normas y protocolos que deben inspirar el ejercicio de la actuación militar durante el enfrentamiento con subversivos, dejaron o no removieron en un sector donde habita población civil, artefactos de uso privativo de las fuerzas militares. Conclusiones a las que se llega, luego de analizar el material probatorio arrojado al expediente y el cual se relaciona a continuación (...) Así pues, son contundentes las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos del día 2 de diciembre de 2000 y la del (...) Inspector de Policía del Municipio de Alvarado, en indicarle a la Sala que el artefacto que dio muerte a Saúl Mahecha y que lesionó a Ángel María Vargas, fue abandonado por los miembros del Ejército Nacional en el lugar donde murió Yesid Valero Soriano, hecho que no fue desvirtuado por las entidades demandadas. (...) coinciden los testimonios (...) en señalar que la muerte y las lesiones causadas a Mahecha Díaz y Vargas Pérez por un artefacto explosivo (granada) ocurrieron en un cañaduzal donde se encontraban trabajando, y que según el dicho de quienes allí estuvieron el dispositivo fue abandonado por miembro del Ejército Nacional el día 2 de diciembre de 2000, declaraciones que encuentran su respaldo en las investigaciones adelantadas por el Inspector de Policía de Alvarado (Tolima) para la época de los hechos. (...) Así las cosas, es necesario remitirse al artículo 223 de la Constitución Política de Colombia, precepto que establece que sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente. Es decir, la Sala no solamente tiene por cierto que el artefacto que mató y lesionó a las víctimas pertenecía al Ejército Nacional porque los medios de prueba arrojados al expediente son contundentes en señalarlo, sino también, porque existe una presunción de pleno de derecho que emana de la Carta Política, en el sentido de indicar que únicamente el Gobierno puede poseer armamento bélico, presunción que no fue desvirtuada por las entidades demandadas en el curso del proceso. Así las cosas, para la Sala resulta claro

que las entidades demandadas incumplieron los tratados internacionales y la Constitución, los cuales establecen primero, que el Gobierno Nacional tiene el uso privativo del material bélico en Colombia, y segundo, que está completamente prohibido el uso de armas tales como municiones y artefactos colocados manualmente, para matar herir o causar daño, y que deban ser accionados manualmente, por control remoto o de manera automática, como medio de ataque, como medio de defensa o a título de represalia, contra la población civil propiamente dicha o contra personas civiles o bienes de carácter civil y que una vez terminado el enfrentamiento o combate se deben realizar las labores de remoción del material de guerra. (...) Lo dicho, por cuanto los militares abandonaron de manera imprudente y negligente artefactos explosivos como granadas, sin proceder posteriormente a su remoción y sin prever que los mismos podían causarle daño a los miembros de la comunidad que continuamente transitan por ese sector, configurándose este comportamiento en un ataque directo y desproporcionado contra la población civil que es contrario a los señalamientos que ha hecho el Protocolo II, ya que como las reglas de la sana crítica lo indican, cualquier persona podía ser víctima de dichas municiones, tal y como efectivamente ocurrió en el caso sujeto a Litis. Aunado a lo anterior (...) en los hechos ocurridos el 19 de enero de 2001, se presentó una total inactividad por parte de las entidades estatales competentes para encontrar a los responsables del abandono de la granada que mató a Saúl Mahecha y que le causó lesiones a Ángel María Vargas.”

Sentencia de 26 de febrero de 2015. Exp. 73001-23-31-000-2001-02244-01(28666). M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Acción de Reparación Directa

NOTA DE RELATORIA: En esta decisión se ordenaron medidas de reparación no pecuniarias como la publicación de la sentencia en medios electrónicos, la realización de informes sobre la violación al DIH y DDHH, la inclusión de las víctimas en el Registro Único de Víctimas, la capacitación de las fuerza militares en torno a los Convenios y Protocolos I y II de Ginebra, entre otras.

2. Se denegaron las pretensiones de una acción de reparación directa que pretendía la indemnización de perjuicios por el supuesto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en un proceso concursal.

Síntesis del caso: El 12 de febrero de 1999, TUBOTEC S.A. presentó demanda ejecutiva en contra de la sociedad UNION NACIONAL DE COMERCIO E INDUSTRIA S.A. UNCI S.A., en liquidación voluntaria; proceso que le correspondió en reparto al Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, el cual libró mandamiento de pago. Adicionalmente, la Superintendencia de Sociedades mediante auto 100-4298 del 6 de abril de 1999 decretó la apertura al trámite de la liquidación obligatoria de la sociedad UNION NACIONAL DE COMERCIO E INDUSTRIA S.A. UNCI S.A., razón por la cual ofició al Juzgado 29 Civil para que éste remitiera el expediente del proceso ejecutivo. El Juzgado Civil remitió la información requerida con fecha posterior a la señalada en el oficio enviado por la Superintendencia.

Extracto: "Resulta procedente recordar que en el concepto de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia están comprendidas todas las acciones u omisiones que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia en que incurran no sólo los funcionarios sino también los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, los empleados judiciales, los agentes y los auxiliares judiciales. (...) En efecto, se encuentra demostrado que la ahora demandante inició proceso ejecutivo contra la sociedad UNCI S.A. con el fin de hacer efectivo un pagaré; que, encontrándose el proceso en trámite, la ejecutada inició proceso concursal ante la Superintendencia de Sociedades; que en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral quinto del artículo 151 de la Ley 222 de 1991, el 19 de abril de 1999 la Superintendencia solicitó la remisión de todos los procesos ejecutivos que se encontraran en trámite, para lo cual ofició al Juzgado 29 Civil del Circuito, (...) resulta claro que el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá omitió atender con prontitud y dentro de los términos fijados por la ley el requerimiento hecho por la Superintendencia de Sociedades, consistente en remitir el proceso ejecutivo iniciado por la ahora demandante contra UNCI S.A. para que fuera incluido en la resolución de clasificación y graduación de créditos. (...) Lo anterior significa que es cierto que la actuación desarrollada por el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá resulta a todas luces contraria al recto desempeño de la

actuación jurisdiccional, al haber acatado en forma tardía - 3 meses después - el requerimiento hecho por la Superintendencia de Sociedades. (...) A pesar de lo anterior, resulta pertinente advertir que no basta con demostrar el defectuoso funcionamiento de la administración, como en el presente caso, sino que debe acreditarse, como presupuesto indispensable, que el daño cuya reparación se demanda tenga como causa directa la acción o la omisión de la administración, que sea directo, actual y cierto y, además, “debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización”, lo que no sucede en el asunto que compromete la atención de la Sala, tal como se pasará a explicar: (...) Aunque las pruebas obrantes en el proceso llevan a la convicción de que la acreencia de Tubotec S.A. fue rechazada por extemporánea, esas mismas probanzas no demuestran que dicha acreencia hubiera sido satisfecha debidamente en el proceso concordatorio. (...) De las pruebas que reposan en el expediente tampoco se puede deducir la diligencia especial del apoderado de Tubotec S.A., para que el proceso ejecutivo fuera remitido en forma oportuna a la Superintendencia de Sociedades, máxime si se tiene en cuenta que también representaba al Consorcio Metalúrgico Nacional S.A. Colmena en el proceso concordatorio, por lo que ha de entenderse que tenía pleno conocimiento de los términos que se surtían en éste. (...) Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que aunque se encuentra probada la omisión del Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, consistente en no haber remitido el proceso ejecutivo en forma oportuna a la Superintendencia de Sociedades, no sucede lo mismo con el daño antijurídico pues dicha omisión no llevó - per se - a que la ahora demandante no pudiera cobrar sus acreencias, pues, tal como se dejó consignado, la ejecutada ya tenía problemas económicos en el momento en que se presentó la demanda ejecutiva por la aquí demandante, el patrimonio con que contaba la sociedad UNCI S.A. era insuficiente para pagar todas sus acreencias y aún en el evento en que hubiera sido reconocido el crédito de Tubotec, como de quinta categoría, con los activos que tenía la deudora, se repite, no habría sido posible su cubrimiento.”

Sentencia de 26 de agosto de 2015. Exp. 25000-23-26-000-2001-01301-01(27524). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Acción de Reparación Directa

NOTA DE RELATORIA: En esta decisión se estudia los elementos que deben verificarse para la procedencia de la reparación directa por causa de retardo injustificado en la adopción de decisiones judiciales, bajo el título de imputación por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

3. Las reglas probatorias aplicables en responsabilidad médica. Reiteración jurisprudencial.

Síntesis del caso: *El 9 de septiembre de 1997, a la señora Luz Elena Londoño Maldonado se le practicó ideolaparoscopia operatoria en la Clínica León XIII a la Clínica Las Américas de Medellín y se registró síndrome adherencial abdominal y endometriosis grado II; la paciente fue dada de alta el 23 de octubre del mismo año. En la misma fecha, la paciente reingresó por urgencias a la Clínica Las Américas por dolor intenso a nivel abdominal; el 25 de octubre de la misma anualidad, se le practicó un procedimiento de laparotomía exploratoria cuyo diagnóstico post operatorio fue peritonitis, sepsis, síndrome adherencial y perforación del íleon y fue remitida a la Unidad de Cuidados Intensivos. Como consecuencia de lo anterior, la señora Luz Elena murió el 7 de enero de 1998.*

Extracto: “La actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración es la falla probada; sin embargo, no solamente se estructura la responsabilidad cuando se contrarían los postulados de la *lex artis* o, esto es, por funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, sino también cuando la actividad que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar objetivamente a que ello ocurra. (...) Así las cosas, (...) en relación con la carga de la prueba tanto de la falla del servicio como del nexo causal, se ha dicho que corresponde exclusivamente al demandante, pero dicha exigencia se atenúa mediante la aceptación de la prueba indirecta de estos elementos de la responsabilidad a través de indicios. En palabras de la Sala: [“]La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la *lex artis* y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. (...) La prueba de la relación causal entre la intervención médica y el daño sufrido por el paciente reviste un grado de complejidad a veces

considerable, no sólo por tratarse de un dato empírico producido durante una práctica científica o técnica, comúnmente ajena a los conocimientos del propio paciente, sino porque, además, por lo regular, no queda huella de esa prestación, diferente al registro que el médico o el personal paramédico consigne en la historia clínica, la que, además, permanece bajo el control de la misma entidad que prestó el servicio. Las dificultades a las que se enfrenta el afectado cuando pretende acreditar el nexo causal, (...) Así, se ha acudido a reglas como res ipsa loquitur, la culpa virtual elaborada por la doctrina francesa, o la versión alemana e italiana de la prueba prima facie o probabilidad estadística, que tienen como referente común el deducir la relación causal y/o la culpa en la prestación del servicio médico a partir de la verificación del daño y de la aplicación de una regla de experiencia, conforme a la cual existe nexo causal entre un evento dañoso y una prestación médica cuando, según las reglas de la experiencia (científica, objetiva, estadística), dicho daño, por su anormalidad o excepcionalidad, sólo puede explicarse por la conducta negligente del médico y no cuando dicha negligencia pueda ser una entre varias posibilidades, como la reacción orgánica frente al procedimiento suministrado o, inclusive, el comportamiento culposo de la propia víctima. Cabe destacar que la aplicación de esas reglas probatorias, basadas en reglas de experiencia guardan armonía con el criterio adoptado por la Sala en relación con la teoría de la causalidad adecuada o causa normalmente generadora del resultado, conforme a la cual, de todos los hechos que anteceden la producción de un daño sólo tiene relevancia aquel que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata. (...) Así la Sala ha acogido el criterio según el cual para demostrar el nexo de causalidad entre el daño y la intervención médica, los indicios se erigen en la prueba por excelencia, dada la dificultad que en la mayoría de los casos se presenta de obtener la prueba directa. Indicios para cuya construcción resulta de utilidad la aplicación de reglas de la experiencia de carácter científico, objetivo o estadístico, debidamente documentadas y controvertidas dentro del proceso [”].”

Sentencia de 13 de noviembre de 2014. Exp. 05001-23-31-000-1999-03218-01(31182). M.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO. Acción de Reparación Directa

NOTA DE RELATORIA: En esta providencia se hace un recuento por las diferentes etapas jurisprudenciales en torno a la responsabilidad médica.

4.a. El Consejo de Estado, al resolver sobre la ocupación de un predio ubicado en el humedal Jaboque, estableció las diferencias entre ocupación material y ocupación jurídica.

Síntesis del caso: El 23 de noviembre de 1994 y el 25 de agosto de 1995, el señor Marco Antonio Vivas Rodríguez celebró contratos de compraventa con el fin de adquirir los lotes denominados 4, 5 y 6 San Vicente, colindantes con el humedal El Jaboque en Bogotá, predios respecto de los cuales el Juzgado 8 Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 9 de septiembre de 1976, había declarado la pertenencia a favor del señor Roberto Sanabria Quiroga. A través del Acuerdo n.º 6 de 1990, el Concejo de Bogotá ordenó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá la acotación del cuerpo del humedal El Jaboque, su ronda hidráulica y la zona de manejo y preservación ambiental y definió estas últimas como no edificables ni explotables de manera activa. Dicha acotación se llevó a cabo de manera definitiva mediante Resolución n.º 145 de 1998 y en ella quedó comprendida una parte de los terrenos adquiridos por el señor Vivas Rodríguez. En los folios de matrícula de dichos terrenos se inscribieron sendas ofertas de compra realizadas por la Empresa de Acueducto de Alcantarillado de Bogotá quien sólo adquirió el área estrictamente necesaria para la realización de las obras de un canal perineal.

Extracto: “El artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el 31 de la Ley 446 de 1998, contempla la ocupación como uno de los eventos en los cuales los particulares interesados pueden ejercer la acción de reparación directa con el fin de obtener los perjuicios causados. Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, este artículo no hace referencia exclusiva a la ocupación material, esto es, aquella en la cual la administración ingresa efectivamente a los predios de propiedad de los particulares y ejecuta allí actos diversos, sino que incluye también lo que se ha denominado ocupación jurídica, esto es, “las limitaciones al ejercicio de las facultades propias de los derechos reales y del menoscabo del derecho de posesión que se ejerce respecto del predio ocupado”. Así lo recordó

recientemente la Subsección cuando mencionó hipótesis de ocupación que pueden surgir en el marco de procesos de adquisición voluntaria de bienes y/o expropiación (...). Para efectos de establecer el tipo de ocupación alegada por el demandante es necesario recordar que, de acuerdo con el petitum de la demanda, el actor pretende ser indemnizado por la “ocupación de hecho” de un área de 8918,81 m² que hace parte de predios de su propiedad. Aunque en la causa pretendi no se especificó en qué se materializaba esa ocupación, sí se manifestó que, en la medida en que dicha área de terreno colindaba con el humedal Jaboque y se encontraba dentro de la zona declarada de utilidad pública por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá mediante Resolución n.º 145 de 1998, la misma salió del comercio el 17 de abril de 2000 -fecha en que dicha entidad adquirió parte de los predios de su propiedad, supra 11.12-, razón por la cual le fue imposible “enajenar, arrendar, o desarrollar todos los actos dispositivos y atributos inherentes al derecho de propiedad que le otorga tanto la Constitución Nacional como las leyes que existen sobre la materia” (...) resulta claro que el daño cuya indemnización se reclama es la supuesta ocupación jurídica en la que habría incurrido la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá al imponerle limitaciones a su derecho de propiedad sobre una franja de terreno, declarada como de utilidad pública y, sin embargo, no adquirida por la administración.”

b. Marco normativo que define la naturaleza jurídica de los humedales y sus rondas hidráulicas.

Extracto: “En concordancia con lo prescrito por el Código Civil de 1873 (adoptado nuevamente con la Ley 57 de 1887), el Decreto-Ley 2811 de 1974 “por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”, consagró que, sin perjuicio de los derechos privados adquiridos conforme a la ley, las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles (artículo 80) y que, en los términos del artículo 667 del Código Civil, sólo se consideran como aguas del dominio privado aquellas que nacen y mueren en una misma heredad (artículo 81). Adicionalmente -y es aquí donde radica la diferencia con lo prescrito por el Código Civil- estableció como bienes inalienables e imprescriptibles del Estado: el lecho de los depósitos naturales de agua y una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho (artículo 83). (...) Al reglamentar este último Código, el Decreto 1541 de 1978 precisó que el dominio que ejerce la Nación sobre las aguas de uso público no implica el usufructo como bienes fiscales, sino el control y vigilancia sobre el uso y goce que le corresponde a los particulares (artículo 7), indicó que hay objeto ilícito en la enajenación de aguas de uso público (artículo 13) y estableció que cuando el Instituto Colombiano de Reforma Agraria, Incora, titulara tierras aledañas a ríos o lagos procedería, conjuntamente con el Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena, a delimitar la franja de treinta metros señalada por el artículo 83 del Decreto 2811, para excluirla de la titulación (artículo 14). Por último señaló que el dominio privado de las aguas, esto es, el que se ostenta en virtud de un derecho adquirido antes de la entrada en vigencia del Código Civil o de lo consagrado en su artículo 677, debe ejercerse como función social y, por lo tanto, sometido a las limitaciones legales impuestas (artículo 17). (...) Por su parte, el artículo 5 de la Ley 9 de 1989 prescribe que, al margen del dominio público o privado, las fuentes de agua y sus franjas de retiro son constitutivas del espacio público y, por lo tanto, la defensa de su integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual puede ser solicitada por cualquier persona a través del ejercicio de acciones populares. Estas disposiciones fueron precisadas posteriormente en el Decreto 1504 de 1998 en el cual se consagró que el espacio público está constituido tanto por los bienes de uso público como por “los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público” (artículo 3) e incluyó expresamente dentro de los elementos naturales constitutivos del espacio público, tanto los humedales como sus rondas hidráulicas, aunque, dada la necesidad de proteger su frágil equilibrio como ecosistema, no le sean aplicables todos los principios de aquel. (...) antes de la expedición de dicho decreto, la Constitución Política de 1991 no sólo tuvo en cuenta los elementos desarrollados al reafirmar tanto el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable de los bienes de uso público, como la función social y ecológica de la propiedad privada, sino que, en materia de bienes con interés ecológico, los profundizó al consagrar el deber del Estado de conservar las áreas de especial importancia ecológica (artículo 79), prevenir el deterioro ambiental, proteger los ecosistemas, garantizar el desarrollo sostenible (artículo 80 C.P.) y velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso público, el cual prevalece sobre el interés particular (artículo 82), disposiciones todas que tienen que ver directamente con la protección de los humedales pues, como lo ha considerado la Corte Constitucional, en consonancia con la Sala de Consulta y Servicio Civil, no cabe duda de que estos

son, en principio, bienes de uso público y, si pertenecen al dominio privado -por ostentar los particulares derechos adquiridos sobre esos bienes-, el ejercicio del derecho de propiedad sobre los mismos está limitado por el ordenamiento de orden público.”

c. La función ecológica de la propiedad privada.

Extracto: “[L]a propiedad privada comporta para su titular la facultad de usar, explotar y disponer de una cosa corporal o incorporal, pero no de forma arbitraria e irrestricta, sino enmarcada en el respeto de los derechos de los demás miembros de la comunidad y en la protección de las riquezas naturales y culturales de la Nación. (...) La consagración constitucional de la función ecológica de la propiedad justifica, entonces, que se establezcan restricciones o limitaciones a las atribuciones del derecho de dominio, pues la protección del ambiente y de los recursos naturales es un asunto que también compromete a los particulares (Constitución Política, artículo 95-8), y no exclusivamente al Estado. (...) para ser compatibles con la Constitución, dichas restricciones deben ser razonables y proporcionadas, de manera que no afecten el núcleo esencial del derecho de propiedad, el cual, de acuerdo con la Corte Constitucional, está constituido por “el nivel mínimo de goce y disposición de un bien que permita a su titular obtener utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio que justifiquen la presencia de un interés privado en la propiedad”. (...) con base en este razonamiento, la Corte consideró que la restricción establecida en el artículo 13 de la Ley 2 de 1959 según la cual los inmuebles de dominio privado que integran el sistema de parques naturales no pueden ser objeto de enajenación, resulta razonable y proporcionada por cuanto a través suyo se pretende preservar un interés superior y mantiene a salvo los atributos de goce, uso y explotación, los cuales no sólo le confieren a su titular la posibilidad de obtener utilidad económica, sino también le permiten legitimar la existencia de un interés privado en la propiedad.”

Sentencia de 29 de abril de 2015. Exp. 25000-23-26-000-2002-00708-01(29175). M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Medio de control de reparación directa

5. Si el daño no está acreditado se torna inoficioso el estudio de la responsabilidad, por más que se encuentre probada alguna falla o falta en la prestación del servicio por parte de la Administración.

Síntesis del caso: El señor Omar de Jesús Cortés Suárez fue condenado a 12 meses de prisión por el delito de violencia intrafamiliar y gozaba del beneficio de ejecución condicional de la pena, el Juzgado 2 de Penas y Medidas de Seguridad de Cali negó la solicitud de revocatoria del subrogado penal a que se había hecho acreedor el señor Cortés Suárez, quien se encontraba en mora en el pago de los perjuicios materiales y morales, ante el incumplimiento en el pago, el Juzgado revocó el subrogado penal y ordenó la captura del señor Cortés Suárez, para que purgara la condena en establecimiento carcelario. Mediante auto el Juzgado de Penas y Medidas de Seguridad decretó la extinción de la condena y ordenó remitir la actuación al Centro de Servicios Administrativos, para que notificara a las autoridades pero no existe ninguna prueba que permita establecer que, efectivamente, se le puso en conocimiento dicha medida.

Extracto: “como quiera que la antijuricidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, una vez verificada su existencia se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada; por tanto, le corresponde al juez constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado como tal, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada. (...) En el presente asunto, los demandantes deprecian la responsabilidad de la parte demandada por la presunta omisión en que incurrió la Rama Judicial al no comunicar a las autoridades correspondientes, particularmente al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), la decisión del Juzgado 2 de Penas y Medidas de Seguridad de Cali de extinguir la condena privativa de la libertad en favor del señor Omar de Jesús Cortés Suárez, omisión que, según ellos, les impidió realizar un viaje a Venezuela en enero de 2006. (...) con fundamento en los medios probatorios con que cuenta el proceso y a los que ya se hizo referencia, no es posible establecer que efectivamente el DAS -entidad ya liquidada- le haya impedido salir del país al mencionado señor, tampoco se demostró que éste se encontrara reseñado en los sistemas de información de la misma entidad ni, mucho menos, se probó que haya intentado

ingresar a territorio venezolano, como se afirma en la demanda. Así las cosas, la Sala echa de menos la prueba del daño que, afirman los demandantes, les fue irrogado con la omisión en que incurrió la demandada, al no comunicar a las autoridades competentes la extinción de la condena privativa de la libertad decretada en favor del señor Omar de Jesús Cortés Suárez. Bajo este escenario, la parte actora no satisfizo la carga probatoria que le correspondía, en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y, por lo mismo que no se encuentra demostrado el daño, se torna innecesario el estudio de los demás elementos de la responsabilidad; en consecuencia, se impone confirmar la sentencia apelada, en cuanto negó las pretensiones de la demanda.”

Sentencia de septiembre 23 de 2015. Exp. 76001-23-31-000-2008-00974-01(38522). M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Medio de control de reparación directa

6. Se condenó patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación, por la privación injusta de la libertad de médico psiquiatra sindicado de los delitos de prevaricato por acción, falsedad y enriquecimiento ilícito, por hechos que una vez investigados no constituyeron conductas típicas

Síntesis del caso: Médico psiquiatra vinculado como Director de la Clínica de Orientación del Distrito Capital de Bogotá instauró demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, al haber sido privado injustamente de su libertad por orden de la Fiscalía Doscientos Dieciséis de Bogotá. Este perjuicio se generó por denuncia penal que presentaron en su contra algunos empleados de la entidad, inconformes después de ser evaluados en su desempeño laboral. Los hechos investigados en el proceso penal terminaron con sentencia absolutoria, al encontrarse que ninguna de las conductas por las que fue denunciado constituyeron delito.

Extracto: “El Estado debe responder por el daño causado, consistente en la privación de la libertad que el señor Sergio Casanova Díaz no tenía que soportar, pues la Fiscalía General de Nación, profirió medida de detención preventiva, por hechos que no constituyen conductas típicas, conforme lo expuesto en la sentencia absolutoria del Juzgado Cuarenta y Uno del Circuito de Bogotá, aspecto que, según lo sostenido por el Juzgador, era perceptible desde el momento de la denuncia formulada en contra del señor Sergio Casanova Díaz. Es que tratándose de responsabilidad extracontractual en nuestro ordenamiento rige el principio según el cual la reparación persigue la indemnidad de la víctima, en eventos como en el sub lite en que la misma no tenía que soportar el daño, contrario a lo que sostiene la entidad demandada. Esto es así porque la presunción de inocencia es un principio que el Estado debe desvirtuar y la Fiscalía no acreditó los elementos necesarios para el efecto, pues pretendió estructurar la responsabilidad penal respecto de conductas atípicas”.

Sentencia de 9 de octubre de 2014, Exp. 25000-23-26-000-2001-01254-01(33273) M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Acción de reparación directa

*** Con salvamento parcial de voto del Doctor Danilo Rojas Betancourth.**

7. En acción de repetición se ordenó a empleado público pagar el 50% de la condena que por su causa tuvo que cancelar el Departamento de Antioquia, en cumplimiento de sentencia de 10 de agosto de 2005 dictada en su contra por el Consejo de Estado, al resolver reparación directa por accidente de tránsito con vehículo oficial.

Síntesis del caso: El Departamento de Antioquia en ejercicio de la acción de repetición presentó demanda en contra de servidor público vinculado como conductor de la Dirección de Conservación de Vías de la Secretaría de Obras Públicas. Esta actuación la inició, debido a que fue declarado patrimonialmente responsable por los perjuicios causados con ocasión de la sentencia condenatoria proferida por el Consejo de Estado dentro de la demanda de reparación directa, instaurada como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido al colisionar volqueta oficial y vehículo particular por invadir uno de ellos el carril contrario y por encontrarse los dos conductores en estado de embriaguez. La condena dentro del proceso de responsabilidad

patrimonial se surtió por la imprudencia generadora de culpa del servidor público. Pero al acreditarse la concurrencia de culpas de los conductores se rebajó al 50% la suma a cancelar a favor del Estado por el conductor oficial.

Extracto: “De las pruebas allegadas al proceso, debe resaltarse la sentencia condenatoria proferida por esta Corporación en la que se concluyó que la actuación del señor García Giraldo fue negligente teniendo en cuenta que el accidente se presentó porque invadió el carril de quienes venían en sentido contrario, con claro desconocimiento de lo dispuesto en las normas de tránsito y además conducía en estado de ebriedad. (...) Estas pruebas ofrecen a la Sala la certeza de que efectivamente el demandado actuó con imprudencia generadora de culpa, y en consecuencia, es procedente la acción de repetición en su contra por cumplirse con los elementos exigidos para su configuración. En el fallo contravencional proferido por la Inspección de Policía y Tránsito del Guarne declaró contraventores tanto al señor Aurelio García como a la señora Nora Elena Galeano porque se acreditó con los registros clínicos, que ambos estaban en estado de alicoramiento. (...) Estas pruebas son relevantes en la medida en que esta Sala estima que en este caso, de acuerdo con las pruebas, se presentó una concurrencia de culpas, es decir que la culpabilidad del conductor debe ser rebajada en un 50% en razón de que a la concreción del accidente contribuyó también la conducta culposa de la otra conductora que desconoció la prohibición de conducir en estado de alicoramiento. (...) Resulta que en el presente caso hubo culpa grave en la conducta del servidor público contra el que se adelanta la acción de repetición y en consecuencia al encontrarse probados todos los requisitos para la prosperidad de la acción, la providencia de primera instancia habrá de revocarse, y en su lugar se condenará al señor Aurelio de Jesús García al pago de la condena impuesta por su causa al Departamento de Antioquia, por valor de \$353.961.937, la cual debe ser actualizada con el IPC, pero se le descontará el 50% de la misma por la concurrencia de culpas”.

Sentencia de 1 de junio de 2015, Exp. 05001-23-31-000-2006-00371-01(45747) M.P. OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ. Acción de repetición

SECCIÓN CUARTA

1. Los intereses moratorios y las sanciones recaudadas por el porcentaje del impuesto predial de la Ley 99 de 1993 no hacen parte de la sobretasa en favor de las Corporaciones Autónomas Regionales que debe transferir el Distrito Capital.

Síntesis del caso: En ejercicio de la acción de nulidad, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, demandó apartes del Concepto N° 2009IE33476 del 19 de octubre de 2009 proferido por la Dirección Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda de la Alcaldía de Bogotá, relativo al porcentaje del impuesto predial recaudado que el Distrito Capital que debe ser transferido a las Corporaciones Autónomas Regionales. Los argumentos del demandante se sintetizan así: a) en virtud del artículo 44 de la Ley 99 de 1993, se debe transferir a las Corporaciones Autónomas un porcentaje sobre el total del recaudo por concepto de impuesto predial, sin distinción entre lo recaudado por impuestos, intereses o sanciones, de manera que lo previsto en el Concepto acusado vulnera dicho precepto legal al excluir de la transferencia los intereses y sanciones; b) tanto en la transferencia de un porcentaje del impuesto predial como en la destinación al medio ambiente de una sobretasa, no es admisible diferenciar los ingresos por sanciones e intereses; c) la actuación de la Secretaría de Hacienda viola los principios de la buena fé y de confianza legítima, ya que la medida es arbitraria, repentina e improvisada.

Extracto: “El artículo primero del Decreto 1339 de 1994, que reglamentó el artículo 44 de la Ley 99 de 1993, dispuso que, para destinar un porcentaje del impuesto predial a favor de las corporaciones autónomas regionales, los municipios pueden optar por una sobretasa o un porcentaje del total del impuesto predial recaudado. Los artículos 2 y 3 del Decreto 1339 de 1994 prevén las condiciones en que se debe girar la sobretasa y el porcentaje total del recaudo. Las normas citadas reiteran lo dicho en el

artículo 44 de la Ley 99 de 1993. Respecto de la sobretasa, que se calcula sobre la misma base que se tiene en cuenta para tasar el impuesto predial, esto es, sobre el avalúo de los bienes. Y como está previsto que la sobretasa se recaude de manera conjunta con el impuesto predial, el artículo 2 del Decreto 1339 de 1994 dispone que si el contribuyente incumple el pago de la sobretasa incurre en mora en las mismas condiciones en que se incurre por la mora en el pago del impuesto predial. Es por esto que la norma exige que los intereses por mora causados por el pago inoportuno de la sobretasa se giren a la correspondiente corporación autónoma. En el caso del “porcentaje del total de recaudo del impuesto predial”, se reitera que se calcula a la tarifa prevista en el respectivo acuerdo municipal sobre el total recaudado por concepto de impuesto predial. Debe entenderse que ese recaudo no incluye los intereses de mora ni a las sanciones por cuanto estos rubros no corresponden al concepto de ingresos tributarios, como lo precisó el *a quo*, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el concepto 016 del 3 de noviembre de 2003, al aclarar, con fundamento en el artículo 27 del Decreto 111 de 1996, que los intereses de mora, por definición hacen parte de los ingresos no tributarios. Lo anterior por cuanto, los intereses de mora tienen naturaleza punitiva y resarcitoria pues su objeto es indemnizar el perjuicio causado por la mora en el pago de la obligación crediticia, en este caso, del impuesto.

Sentencia del 8 de octubre de 2015. Exp. 25000-23-27-000-2012-00456-01 (20345) M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Medio de control de nulidad

NOTA DE RELATORÍA: Se negaron las pretensiones de la demanda contra el Concepto N° 2009IE33476 proferido por la Dirección Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

2.a. No es aceptable la notificación por aviso en diario de amplia circulación cuando la administración tributaria entrega tardíamente en la oficina de correos el acto liquidatorio y por esa circunstancia no es posible la notificación por correo.

Síntesis del caso: La DIAN en relación con el año gravable 1999 modificó las declaraciones de renta y del impuesto sobre las ventas, de un contribuyente persona natural, previa diligencia de registro e inspección tributaria al establecimiento de comercio. Tanto en los requerimientos especiales como en las liquidaciones oficiales, la administración propuso adicionar ingresos con fundamento en la presunción prevista en el artículo 760 del Estatuto Tributario, al considerar que hubo compras no registradas por el contribuyente. El principal argumento de discusión planteado por el demandante, es que las liquidaciones oficiales no fueron notificadas dentro del término previsto por el artículo 710 del Estatuto Tributario. Explica que el 5 de mayo de 2003, último día para notificarlas, la DIAN entregó a las 6 p.m. en las oficinas de ADPOSTAL, los actos a notificar, de manera que no era posible notificarlos en el establecimiento de comercio del actor, dentro del horario normal de funcionamiento que era entre las ocho de la mañana y las seis de la tarde, como lo confirman declaraciones extrajudiciales rendidas por vecinos. Conforme al artículo 566 del Estatuto Tributario, la notificación por correo implica la entrega de una copia del acto en la dirección informada, dentro de la oportunidad legal y en este caso solo vino a tener conocimiento de los actos administrativos, el día 17 de junio de 2003, cuando se le entregó un oficio donde se le informa que la notificación se llevó a cabo en el diario Portafolio del 30 de mayo de 2003. Plantea el desconocimiento de los derechos de defensa y del debido proceso por parte del ente oficial, ya que pretendió realizar la notificación el último día y por fuera del horario normal no solo de la DIAN y de ADPOSTAL sino de atención del contribuyente.

Extracto: Las anteriores circunstancias ponen de presente que la demandada no garantizó el debido proceso y el efectivo respeto del principio de publicidad de los actos administrativos, toda vez que era previsible que si los actos eran entregados al final de la tarde del día 5 de mayo de 2003, en la oficina de correos, último día que disponía para notificar las liquidaciones oficiales de revisión, difícilmente podría efectuarse la entrega de los actos administrativos en la dirección informada por el contribuyente, situación que en este caso y como se advirtió, es exclusivamente atribuible a la demandada. Si bien es cierto que el artículo 568 del Estatuto Tributario faculta a la administración tributaria para notificar por aviso los actos administrativos que hayan sido devueltos por correo «por cualquier razón», esta Sección ha

precisado que «debe interpretarse que las razones genéricas establecidas en el artículo 568, como prerrequisito de la publicación del aviso, sólo surten tal efecto cuando acaecen dentro de un contexto de posibilidades normales de entrega y recepción del correo para cada caso concreto, de manera que la causal de devolución pueda asociarse a una causa exclusivamente atribuible al destinatario del correo». (Negrillas fuera de texto). En el *sub examine* se advierte que la demandada no entregó con la antelación suficiente los actos demandados a la oficina de correo encargada de la notificación, para que esta tuviera el tiempo necesario no solo para el desplazamiento hasta la dirección informada por el contribuyente sino para que pudiera entregar los actos dentro del horario que habitualmente tienen quienes desarrollan actividades comerciales. La Sala resalta que el hecho de que un funcionario de la DIAN le hubiere comunicado por escrito al actor sobre la notificación por aviso de las liquidaciones oficiales de revisión, en el diario PORTAFOLIO, además de ser un procedimiento no previsto en la normativa, tampoco subsana las actuaciones tardías de la administración. En esas condiciones, la Sala concluye que las circunstancias que dieron origen, en este caso, a la devolución del correo, no validan la notificación por aviso a la que acudió la DIAN y, en consecuencia, como las liquidaciones oficiales no fueron debida ni oportunamente notificadas el 5 de mayo de 2003, no interrumpieron el término de firmeza de las declaraciones privadas de renta y de los seis bimestres de IVA del año gravable 1999.

b. La notificación por aviso en diario de amplia circulación en materia tributaria es excepcional porque no garantiza el real conocimiento de las decisiones administrativas.

Extracto: “De las normas anteriores (Estatuto Tributario artículos 565, 566 y 568), en la versión vigente para el año gravable 1999, se advierte que la notificación de las liquidaciones oficiales debía hacerse por correo a la dirección informada por el contribuyente. Debe precisarse que el artículo 566 del Estatuto Tributario, vigente para la fecha en que se notificó el acto administrativo acusado, debe ser leído sin la expresión «y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo», toda vez que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-096 del 31 de enero de 2001, la cual tiene efectos hacia el futuro y, en consecuencia, para la fecha en que se proferieron los actos acusados [5 de mayo de 2003], ya se había retirado dicha expresión del mundo jurídico. En cuanto a la notificación por aviso en un diario de amplia circulación, como lo dispone el artículo 568 del Estatuto Tributario, procede cuando las notificaciones por correo sean devueltas «por cualquier razón»; sin embargo, como lo ha sostenido la Sala, la notificación por este medio es excepcional, porque no garantiza el conocimiento real de las decisiones administrativas. Además, se ha precisado que la utilización de esta forma de notificación no puede atentar «contra el principio de publicidad garantizado por la “efectiva entrega del correo enviado” y contra las formas propias del debido proceso en la práctica de la notificación por correo que regula el artículo 566 ibídem, que exige esa entrega en la última dirección informada por el contribuyente destinatario de la notificación»”.

Sentencia del 13 de agosto de 2015 Exp. 25000-23-27-000-2004-02245-01 (20343) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

3.a. Es nulo un acuerdo municipal por vicios de trámite en su formación, cuando su estudio en plenaria del Concejo Municipal se realiza sin haber transcurrido tres días después de su aprobación en la comisión respectiva.

Síntesis del caso: *En ejercicio del medio de control de nulidad, se demandó el Acuerdo Municipal 017 del 3 de noviembre de 2009 del Concejo Municipal de Morroa - Sucre “por medio del cual se incorpora un ítem (contribuyente) en el Acuerdo 006 de junio 10 de 2009” referido al impuesto de alumbrado público en el citado municipio. El concepto de violación expuesto por el demandante se sintetiza en los siguiente: a) el acto acusado gravó con el impuesto de alumbrado público, la actividad de concesión de peajes, sin determinar que dicha actividad solo podía gravarse cuando la misma se estableciera sobre vías del municipio de Morroa; b) el acto demandado corresponde a una tasa porque impuso una tarifa fija en salarios sin tener en cuenta ningún parámetro, método o sistema para el efecto; c) el Concejo Municipal no podía establecer los elementos del impuesto de alumbrado público, ante la ausencia de norma superior que consagre los lineamientos; d) el*

Acuerdo demandado violó el artículo 73 de la Ley 136 de 1994, que ordena que los proyectos de acuerdo deben ser sometidos a consideración de la plenaria de la corporación tres días después de su aprobación en la comisión respectiva.

Extracto: “El vicio de forma del acto administrativo, esto es la expedición irregular, se presenta cuando la Administración no se ajusta a los procedimientos establecidos para manifestar su voluntad. De igual forma, cuando la decisión de la administración viola las normas de orden adjetivo que establecen el procedimiento para su formación o la manera como éste debe presentarse. En todo caso, cuando el acto es expedido con vicios en el trámite, debe verificarse si tienen la vocación de incidir en el sentido de la decisión, de tal manera que si la irregularidad en el proceso logra afectarla por ser sustancial o trascendente, el acto administrativo será anulable. En el caso contrario, es decir, cuando el defecto es intrascendente, no hay lugar a su anulación. Evidencia la Sala, de las fotocopias auténticas de las constancias suscritas por el alcalde municipal y el secretario general del concejo municipal, visibles en los folios 15 y 17 del expediente, que el Acuerdo 017 de 2009 fue sometido a dos debates en el concejo municipal de Morroa, Sucre: el primero, el día 4 de noviembre de 2009 y el segundo, el día 7 del mismo mes y año; por lo que, entre uno y otro debate transcurrieron solamente dos días. En este orden de ideas, no se cumplió con el procedimiento consagrado por el artículo 73 de la Ley 136 de 1994, irregularidad que vicia la legalidad del acto, pues los concejos municipales y demás entidades territoriales están supeditadas a cumplir el procedimiento fijado en la ley para la aprobación de los proyectos de acuerdos. En efecto, de conformidad con el principio de instrumentalización de las formas, a que hace referencia la sentencia antes aludida de la Corte Constitucional, las formas procesales deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo, de manera que al analizar la trascendencia de un vicio de forma debe tenerse en cuenta el contexto en el que éste se presentó y el trámite legislativo en su totalidad, para verificar el cumplimiento de todas las garantías constitucionales involucradas en el debate parlamentario, de manera que no se vean vulnerados los derechos o las garantías de los administrados. Al revisar el contenido del artículo 73 de la Ley 136 de 1994 y las constancias de los debates del Acuerdo 017, encuentra la Sala que la finalidad que buscaba el legislador al consagrar el término de los tres días, no era otra que la de permitirle a los concejales el estudio del proyecto, razón por la cual se considera que el hecho de que entre uno y otro debate hayan transcurrido solamente dos días, constituye una irregularidad de fondo que compromete la legalidad del acto, pues con ello se vulneraron los derechos o las garantías de los coadministrados. Así las cosas, nos encontramos ante una irregularidad que afecta la legalidad del acuerdo, como quiera que no se surtieron los debates en la forma prevista en el artículo 73 de la Ley 136 de 1994, incumpliendo entonces con el fin perseguido por las instituciones procesales que regulan ese procedimiento”.

b. Los Concejos Municipales y Distritales tienen autonomía para regular directamente los elementos del impuesto de alumbrado público autorizado por la Ley 97 de 1913.

Extracto: “Esta Sección, en sentencia del 9 de julio del 2009, precisó que en vigencia de la Constitución Política de 1886 la facultad impositiva de los municipios era derivada en cuanto se supeditaba a las leyes expedidas por el Congreso, pero que con la norma superior promulgada en el año 1991, la ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden determinar los elementos del tributo, de conformidad con los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales concedidos a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales para establecer los diferentes aspectos de la obligación tributaria. Asimismo, señaló que el artículo 338 de la Constitución Política indica la competencia que tienen los entes territoriales para que, a través de sus órganos de representación popular, determinen los presupuestos objetivos de los gravámenes, de acuerdo con la ley, sin que tal facultad sea exclusiva del Congreso, pues de lo contrario se haría nugatoria la autorización que expresamente la Carta les ha conferido a los departamentos y municipios en tales aspectos. Agregó que la competencia en materia impositiva de los municipios, para el caso, no es ilimitada, pues no puede excederse al punto de establecer tributos *ex novo*, porque la facultad creadora está atribuida al Congreso, pero a partir del establecimiento legal del impuesto, los mencionados entes territoriales, de conformidad con las pautas dadas por la ley, pueden establecer los elementos de la obligación tributaria cuando aquella no los haya fijado directamente. Así pues y en virtud de los principios de autonomía y descentralización territorial, el criterio actual de la Sala en materia de facultad impositiva territorial reconoce la autonomía fiscal de los municipios y distritos para regular directamente los elementos de los

tributos que la ley les haya autorizado. Como la Ley 97 de 1913 autorizó la creación del impuesto sobre el servicio de alumbrado público pero no reguló lo concerniente a los elementos del tributo, esa facultad quedó en cabeza de los concejos municipales y distritales, es decir, que esas corporaciones tienen autonomía para establecer los diferentes elementos que conforman cada tributo, sin que ello signifique que esa autonomía impositiva sea amplia, porque, como en este caso, está restringida a la creación legal del gravamen, y con arreglo a la Constitución Política.

Sentencia del 30 de julio de 2015 Exp. 70001-23-31-000-2010-00220-02 (20141) M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Medio de control de nulidad

NOTA DE RELATORÍA: Se anuló el Acuerdo 017 de 2009 del Concejo Municipal de Morroa - Sucre.

4.a. Para la exención de tributos aduaneros en la importación de maquinaria y equipos destinados a la exploración minera y de hidrocarburos se requiere que el interesado realice directamente las actividades.

Síntesis del caso: La Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá formuló requerimiento especial aduanero y posterior liquidación oficial de corrección, en relación con una declaración de importación de mercancía clasificada en la subpartida arancelaria 73.04.23.00.00, por error en la liquidación de tributos aduaneros, ocasionado por no cumplir los requisitos de la exención arancelaria prevista en el literal h) del artículo 9 del Decreto 255 de 1992 adicionado por el artículo 1º del decreto 4743 de 2005. La razón del desconocimiento de la exención por parte de la DIAN, se debió a que las normas antes mencionadas condicionan la exención arancelaria, a que la importación de maquinaria, equipos y repuestos con destino a la actividad minera o de hidrocarburos, fuera desarrollada directamente por el interesado. Por su parte la actora aduce que: a) los bienes importados fueron destinados exclusivamente a la industria de hidrocarburos; b) la propia DIAN desconoció su propia doctrina emitida en conceptos anteriores, con lo cual violó de paso lo señalado en el artículo 264 de la Ley 223 de 1995; c) la DIAN carece de competencia para determinar la exención arancelaria en discusión.

Extracto: “Teniendo en cuenta que la exención prevista en el literal h) del artículo 9 y en el artículo 9-1 del Decreto 255 de 1992, adicionado por el artículo 1 del Decreto 4743 de 2005, aplica para los gravámenes arancelarios en relación con las importaciones de maquinaria, equipos técnicos, sus accesorios, materiales y repuestos destinados a la exploración de minas o a la exploración de petróleo, que realicen las personas naturales o jurídicas de derecho privado, siempre que el interesado acredite que realiza de manera directa las actividades de exploración, explotación, beneficio, transformación, transporte o refinación de productos de la industria minera y de hidrocarburos, le corresponde a la Sala estudiar si en el caso *sub examine* la parte demandante cumplió con este requisito, como lo exige la Resolución Nro. 880 del 2 de diciembre de 2004 de la CAN. De lo anterior (certificado de la Cámara de Comercio del demandante) se infiere que si el objeto social de la parte demandante consiste en **proporcionar servicios especiales y equipos** a las empresas que se dedican a las industrias de producción y explotación de petróleo y gas, es evidente que **no desarrolla directamente las actividades** de exploración, explotación, beneficio, transformación, transporte o refinación de productos de la industria minera y de hidrocarburos, para acceder a la exención arancelaria en estudio. En consecuencia, le asiste la razón a la DIAN al rechazar la procedencia del beneficio arancelario reclamado por la parte actora, lo que conduce a que no sea necesario que la Sala proceda al estudio de la subpartida arancelaria 73.04.23.00.00, en la que se clasificó los bienes importados, para analizar si la misma está exenta o no de los tributos aduaneros con ocasión del “*desdoblamiento de la subpartida incluida en el Decreto 4743 de 2005*”.

b. La aplicación del principio de favorabilidad aduanera en la tarifa del gravamen arancelario tiene incidencia en el IVA en importaciones y en la sanción por inexactitud prevista en el Estatuto Aduanero.

Extracto: “Teniendo en cuenta que en este caso concreto se presenta identidad con los supuestos de hecho y de derecho planteados en la sentencia a la que se ha hecho referencia, y que el principio de favorabilidad se aplica, aun de oficio, tanto por la Administración como por la Jurisdicción, la Sala procede a su aplicación porque la Liquidación Oficial de Corrección Nro. 1-03-241-201-639-01-1191 se expidió el 31 de julio de 2012, en vigencia del Decreto 4114 de 2010, que previó la reducción al 5% del arancel para los bienes de la subpartida 73.04.23.00.00. En consecuencia, en atención al principio de favorabilidad, procede la liquidación del arancel a cargo de la sociedad SUPERIOR ENERGY SERVICES COLOMBIA LLC SUCURSAL COLOMBIA en el 5% sobre la base gravable de \$1.252.891.685. Esa modificación en la liquidación del arancel repercute en la del IVA, en consideración a lo previsto en el artículo 459 del Estatuto Tributario Adicional a lo anterior, téngase en cuenta que en las pretensiones de la demanda la parte actora solicitó que se declarara en firme la declaración de importación presentada el 3 de junio de 2009 y que “respecto de ella no se adeuda suma alguna por tributos aduaneros ni sanciones” (Se subraya), lo que indica que al referirse a **tributos aduaneros**, expresión que comprende los derechos de aduana y el impuesto sobre las ventas, necesariamente se estaba cuestionando la liquidación practicada por la Administración por estos dos conceptos, por los efectos que la liquidación de los derechos de aduana tiene sobre la base gravable del IVA. Ahora bien, al modificarse el cálculo de los tributos aduaneros, necesariamente se debe reliquidar el monto de la **sanción** impuesta en virtud del numeral 2.2 del artículo 482 del Decreto 2685 de 1999, porque el 10% previsto en esta norma aplica sobre el valor de los tributos dejados de pagar, o lo que es lo mismo, sobre la diferencia a pagar. En este orden de ideas, aunque en el caso sub examine no procede la exención arancelaria prevista en el literal h) del artículo 9 y en el artículo 9-1 del Decreto 255 de 1992, adicionado por el artículo 1 del Decreto 4743 de 2005, la Sala, en aplicación del principio de favorabilidad, revocará la sentencia de primera instancia en cuanto negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declarará la nulidad parcial de los actos administrativos demandados para proceder a practicar una nueva liquidación de los tributos aduaneros...”.

Sentencia del 16 de septiembre de 2015 Exp. 25000-23-37-000-2013-00184-01(21595) M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCIÓN QUINTA

1. Se niega la suspensión provisional del artículo 5º, numeral a, en lo referente a “servidor de la justicia” del Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015 de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

Síntesis del caso: En la solicitud de coadyuvancia presentada por el señor Fredy David Morillo Guzmán, formula un nuevo cargo de nulidad dentro del proceso de la referencia frente a la expresión “servidor de la justicia” contenida en el literal a) del artículo 5º del Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015, por considerar que viola lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 254 de la Constitución Política.

Extracto: “(...) en este evento el coadyuvante ha deprecado como medida cautelar, la tradicional y propia del Derecho Contencioso Administrativo, esto es, la suspensión provisional del acto demandado, prevista en el artículos 238 de la Carta Política y desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes). Alega el coadyuvante, que la expresión “servidor de la justicia” contenida en el literal a) del artículo 5º del Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015, viola la norma constitucional indicada porque, permite que “cualquier servidor de la justicia” se postule, y no se limite la convocatoria a los jueces, magistrados y empleados de la Rama Judicial, como lo señaló el Acto Legislativo 02 de 2015. Por su parte, el apoderado de la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial manifiesta que, la interpretación que realiza el actor en relación con el texto de la norma superior confrontada, esto es el artículo 254 de la Constitución Política,

no resulta acertada, porque al haberse incorporado en el texto constitucional la expresión “magistrados de los tribunales”, no se hizo con el fin de excluir aquellos funcionarios que teniendo la calidad de Magistrados no pertenecieran a un tribunal propiamente, sino con el fin de diferenciar el nivel jerárquico de estos Magistrados frente a los Magistrados de las Altas Cortes. Es de indicar que tal argumento no tiene la incidencia para que ab initio del proceso se suspendan los efectos del acto acusado puesto que del análisis del acto demandado y su confrontación con la norma superior invocada como violada o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud no surge la violación, como lo establece la norma para que proceda la medida cautelar. Es decir, en esta etapa del proceso no es posible afirmar que exista la violación alegada de la norma constitucional, puesto que se requiere un análisis que solo es posible realizarlo en la sentencia, para determinar si existe o no la vulneración alegada. Por lo tanto, será del estudio de fondo del asunto, los antecedentes del acto acusado, que se podría definir si existe o no la infracción acusada. En consecuencia, no se advierten las condiciones necesarias para decretar la medida cautelar solicitada puesto que no se evidencia en esta etapa del proceso la vulneración alegada por el coadyuvante del artículo 254 de la Carta Magna en el acto acusado”.

Auto de 9 de octubre de 2015. Exp. 11001032800020150001800 M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

2. Se niega la nulidad del acto de elección del señor Ignacio Mantilla Prada como rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018.

Síntesis del caso: Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, si: Está viciada de nulidad, por expedición irregular, la actuación administrativa que se surtió en la Universidad Nacional de Colombia para designar al Rector de dicho ente autónomo, en razón a que ni la Resolución No. 108 de diciembre de 2014 ni la Resolución No. 015 de 2015 se publicaron en el Diario Oficial. Dicha vulneración afecta la legalidad del acto de elección acusado, esto es, la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015. Se encuentra viciada de nulidad la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015, porque aquella no fue publicada en el Diario Oficial de conformidad con lo estipulado en el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 y el parágrafo del artículo 65 del C.P.A.C.A.

Extracto: “(...) en el presente asunto, la controversia gira en torno al principio de publicidad del proceso adelantado para la designación de Ignacio Mantilla Prada como Rector de la UNAL, por la no publicación en el Diario Oficial tanto del cronograma establecido al efecto, como del acto de designación de dicho funcionario. Para esclarecer si dicho principio fue trasgredido o no, debe recordarse que a dicho procedimiento no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 489 de 1998, ni la primera parte del C.P.A.C.A., sino las normas que al efecto ha establecido la UNAL. (...) la Universidad Nacional cuenta con un sistema de información o medio oficial de publicación de actos administrativos cuya finalidad es la de “dotar de seguridad jurídica a los destinatarios, evitar la dispersión y proliferación normativa con el objeto de consolidar un ordenamiento jurídico eficaz, coherente y estructurado”. Dicho medio es denominado como “Sistema de Información Normativa, Jurisprudencial y de Conceptos - Régimen Legal” el cual es aplicado por todas las autoridades de la UNAL que en razón de sus funciones deban proyectar y/o expedir actos académicos y administrativos y por quienes estén encargados de su publicidad, comunicación y notificación. Respecto del cronograma establecido en la Resolución No. 108 de 2014, es evidente que aquella no hizo una reglamentación detallada de la forma en cómo se debía hacer la publicación de las actuaciones que se fueran surtiendo en el proceso de designación de Rector de la Universidad. Pero, como quedó establecido en precedencia, dicho ente universitario cuenta con el Sistema de Información “Régimen Legal”, en el que son divulgados los actos administrativos proferidos en el proceso de elección del Rector de la Universidad. Asimismo, tal como lo certificó el Director de UNIMEDIOS de la UNAL, desde el 22 de diciembre de 2014 estuvo disponible para consulta, en la página principal de la Universidad Nacional de Colombia, un banner destacado con enlace a la información sobre el proceso de designación del Rector con el título “Designación Cargo de Rector 2015-2018”. También se evidencia que para garantizar aún más que la comunidad se enterara de dicho proceso y que esta pudiera participar en él, se i) publicó en el Diario El Tiempo el miércoles 21 de enero de 2015 la noticia de la convocatoria abierta para participar en el proceso de designación del Rector de la Institución; y, ii)

publicó y envió a 1400 periodistas de radio, prensa y televisión del país distintos boletines que daban cuenta del desarrollo del proceso de elección del Rector. Así las cosas, está demostrado que se dio cumplimiento a las reglas sobre publicidad del proceso para la designación del rector de la UNAL para el período 2015-2018, establecidas por dicho ente universitario. Ahora bien, probado como está que los actos de trámite proferidos en el proceso de elección del Rector de la UNAL no debían ser publicados en el Diario Oficial por cuanto las Universidades cuentan con un procedimiento especial para la publicación de dicha normativa, contenido en las disposiciones internas de la Universidad, es evidente que no se presenta la omisión aludida por la demandante y en ese sentido, aquellos actos no se expidieron de forma irregular y en consecuencia, no se afecta la legalidad del acto de elección acusado esto es, la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015, por tanto, no prospera el cargo señalado por la demandante. Finalmente, la misma suerte corre el cargo de nulidad respecto de la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015 relativa a que aquella no fue publicada en el Diario oficial. Esto por cuanto esta Sala en diferentes oportunidades ha señalado que la publicación de los actos administrativos particulares como el que designó al demandado como Rector de la UNAL, constituye un requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros, más no constituye un vicio de legalidad que afecte su validez. De lo expuesto en precedencia se concluye que el acto de elección del Rector de la UNAL no se encuentra viciado de nulidad por expedición irregular, habida cuenta que los actos de trámite dictados en el proceso de elección de dicho funcionario cumplieron con el principio de publicidad del procedimiento, conforme a las normas dictadas al efecto por la UNAL. Asimismo, el hecho de que dicho acto de elección no hubiese sido publicado en el Diario Oficial, tampoco genera su nulidad pues la falta de publicación de este tipo de actos constituye un requisito de eficacia u oponibilidad frente a terceros, más no constituye un vicio de legalidad que afecte su validez. Por lo expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda de nulidad de la Resolución No. 016 del 25 de marzo de 2015 por medio de la cual el Consejo Superior Universitario de la UNAL designó al señor Ignacio Mantilla Prada, Rector de esa Institución, advirtiendo a los sujetos procesales que contra esta decisión no procede recurso alguno.

Sentencia de 15 de octubre de 2015. Exp. 11001032800020150001100 M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO

SALA DE CONSULTA

1. Una vez aceptado el impedimento o recusación del alcalde titular, la designación del correspondiente alcalde municipal o distrital ad-hoc será competencia del Presidente de la República.

Síntesis del caso: El Ministro del Interior solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil dar alcance al Concepto 2203 de 6 de marzo de 2014, con el fin de que ésta precise las competencias para designar alcaldes distritales y municipales ad hoc cuando a los titulares se les aceptan impedimentos o recusaciones, puesto que en el mencionado concepto solamente se analizaron las competencias para aceptar impedimentos y recusaciones y designar el respectivo funcionario ad hoc, en el caso del Alcalde Mayor de Bogotá y de los gobernadores.

Extracto: “En vigencia de la Constitución Política de 1991, el trámite de los impedimentos y las recusaciones en el ejercicio de las funciones administrativas se ha reglado sucesivamente por los artículos 30 del C.C.A. y 12 del CPACA. (...) Conforme se explicó en el concepto 2203, el artículo 30 del C.C.A. al fijar la competencia en los procuradores regionales para decidir sobre los impedimentos y recusaciones no diferenció el nivel nacional o territorial del funcionario que no tuviera superior. En el artículo 12 del CPACA, se asigna la competencia a los procuradores regionales respecto de “las autoridades territoriales”, con excepción del Alcalde Mayor de Bogotá. Este servidor y las autoridades nacionales que tampoco tengan superior, deben tramitar los impedimentos y recusaciones ante el Procurador General de la Nación. La consulta que ahora estudia la Sala no señala dificultad alguna en la comprensión de la competencia para decidir sobre los impedimentos y las recusaciones. Pero al igual que la anterior, gira en

torno a la falta de claridad en la competencia para designar el funcionario ad hoc que deba sustituir a quien es retirado del conocimiento de un asunto por incurrir en causal de impedimento o recusación. (...) Aceptado el impedimento o la recusación por el Procurador Regional, conforme a las previsiones del artículo 12 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la designación de los alcaldes municipales y distritales ad hoc es de competencia del Presidente de la República, teniendo en cuenta la pertenencia de las alcaldías a la Rama Ejecutiva del Poder Público, las normas constitucionales que determinan las funciones generales del Presidente de la República en la estructura del Estado, y las normas legales que las desarrollan, en particular el artículo 66 de la Ley 4ª de 1913, que hace corresponder al Presidente “Todo lo relativo a la administración general de la República, que no esté especialmente atribuido a otros poderes públicos, conforme a la Constitución y a las leyes”. (...) Las circunstancias o situaciones que configuran los impedimentos y recusaciones, se relacionen o no con el desarrollo de los procesos electorales territoriales, no modifican la competencia del Presidente de la República para la designación de los alcaldes distritales y municipales ad hoc cuando les sea aceptado impedimento o recusación, porque el artículo 30 de la Ley 1437 de 2011 no contiene criterio diferenciador atinente a la causal de impedimento o recusación para efectos del procedimiento y las competencias”.

Concepto 2273 de 19 de octubre de 2015, Exp. 11001-03-06-000-2015-00181-00(2273) M.P. GERMAN ALBERTO BULA ESCOBAR. Levantamiento de reserva legal mediante oficio de 22 de octubre de 2015 del Ministerio del Interior.

ÍNDICE TEMÁTICO

SALA PLENA

- Para que se configure la causal prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política es necesario que el funcionario con quien se tiene un vínculo de parentesco, ejerza autoridad civil y política en la misma circunscripción electoral, sin embargo, por expresa excepción constitucional, en tratándose de la inhabilidad consagrada en el numeral antes citado, la regla general sobre la coincidencia de la circunscripción nacional (senadores) con las territoriales no resulta aplicable.

REPARACIÓN DE PERJUICIOS

- La Subsección B de la Sección Tercera revocó la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que rechazó por caducidad la demanda interpuesta por ciento veintidós personas, en la cual se pretende la indemnización de los perjuicios ocasionados por la omisión en el reajuste de los sueldos de miembros de la policía y fuerza pública de conformidad al IPC.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

- Consejo Nacional Profesional de Ingeniería -COPNIA- deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia al conocer y fallar los procesos disciplinarios que se adelanten.

ACCIONES DE TUTELA

- En amparo del derecho fundamental a la educación superior, se ordena a la Fundación San Martín y al Ministerio de Educación Nacional que hagan extensivo el plan de contingencia, para que se les permita a los estudiantes que culminaron el pensum académico en un programa sin registro calificado, presentar los exámenes de homologación a fin de obtener el título.
- En amparo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, en un asunto de responsabilidad médica, la Sección Quinta ordenó dejar sin efectos las providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Risaralda y por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por las cuales se rechazó la demanda de reparación directa por caducidad de la acción.

- Sección Quinta tuteló el derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa, al no ser tenida en cuenta en el proceso de concertación del plan parcial “El Edén- El Descanso”.
- La Sección Quinta declaró la improcedencia de la tutela interpuesta contra el laudo arbitral decidido por el Tribunal de Arbitramento Consorcio Vía al Mar Nuquí 2006.

SECCIÓN PRIMERA

- Se ordena al municipio de Anapoima dar cumplimiento al Acuerdo 026 del 21 de junio de 1990, y en consecuencia otorgar la beca de enseñanza universitaria al primer niño que nació en el Centro de Salud Materno Infantil.
- Como medida cautelar de urgencia se decretó la suspensión provisional de la Resolución 2623 de 2011, que convalidó un título de médico especialista en cirugía plástica, porque estaría falsamente motivada puesto que se fundamentó en documentos presuntamente falsificados y por los posibles daños que pueden causarse a los miembros de la sociedad.

SECCIÓN SEGUNDA

- Se declara la nulidad de la sanción disciplinaria de suspensión del cargo de Coordinador del Grupo de Programas Especiales del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, al no existir una conducta antijurídica que lleve a una ilicitud sustancial.

SECCIÓN TERCERA

- Se condenó a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por la muerte de dos ciudadanos y heridas a otros en un supuesto enfrentamiento militar. Violación de los Convenios y Protocolos I y II de Ginebra por incumplimiento del deber internacional de distinción de la población civil en escenarios de conflicto armado.
- Se denegaron las pretensiones de una acción de reparación directa que pretendía la indemnización de perjuicios por el supuesto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en un proceso concursal.
- Las reglas probatorias aplicables en responsabilidad médica. Reiteración jurisprudencial.
- El Consejo de Estado, al resolver sobre la ocupación de un predio ubicado en el humedal Jaboque, estableció las diferencias entre ocupación material y ocupación jurídica.

- Si el daño no está acreditado se torna inoficioso el estudio de la responsabilidad, por más que se encuentre probada alguna falla o falta en la prestación del servicio por parte de la Administración.
- Se condenó patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación, por la privación injusta de la libertad de médico psiquiatra sindicado de los delitos de prevaricato por acción, falsedad y enriquecimiento ilícito, por hechos que una vez investigados no constituyeron conductas típicas.
- En acción de repetición se ordenó a empleado público pagar el 50% de la condena que por su causa tuvo que cancelar el Departamento de Antioquia, en cumplimiento de sentencia de 10 de agosto de 2005 dictada en su contra por el Consejo de Estado, al resolver reparación directa por accidente de tránsito con vehículo oficial.

SECCIÓN CUARTA

- Los intereses moratorios y las sanciones recaudadas por el porcentaje del impuesto predial de la Ley 99 de 1993 no hacen parte de la sobretasa en favor de las Corporaciones Autónomas Regionales que debe transferir el Distrito Capital.
- No es aceptable la notificación por aviso en diario de amplia circulación cuando la administración tributaria entrega tardíamente en la oficina de correos el acto liquidatorio y por esa circunstancia no es posible la notificación por correo.
- Es nulo un acuerdo municipal por vicios de trámite en su formación, cuando su estudio en plenaria del Concejo Municipal se realiza sin haber transcurrido tres días después de su aprobación en la comisión respectiva.
- Para la exención de tributos aduaneros en la importación de maquinaria y equipos destinados a la exploración minera y de hidrocarburos se requiere que el interesado realice directamente las actividades.

SECCIÓN QUINTA

- Se niega la suspensión provisional del artículo 5º, numeral a, en lo referente a “servidor de la justicia” del Acuerdo No. 06 de 17 de julio de 2015 de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.
- Se niega la nulidad del acto de elección del señor Ignacio Mantilla Prada como rector de la Universidad Nacional de Colombia para el periodo 2015-2018.

SALA DE CONSULTA

- Una vez aceptado el impedimento o recusación del alcalde titular, la designación del correspondiente alcalde municipal o distrital ad-hoc será competencia del Presidente de la República.

NOTICIAS DESTACADAS

Los presidentes del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia eligieron al abogado Juan Carlos Galindo Vacha como nuevo Registrador Nacional del Estado Civil, en remplazo de Carlos Ariel Sánchez Torres.

El doctor Galindo Vacha es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana con magister en Derecho y Economía de Seguros por la Université Catholique de Louvain.

En su trayectoria laboral se ha desempeñado como asesor de la Contraloría General de la República, Registrador Nacional de Estado Civil en provisionalidad, Magistrado Auxiliar de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, Secretario General y Jurídico de la EPS Famisanar, Procurador Delegado ante el Consejo de Estado y Vicepresidente de la Comisión Nacional de Asuntos Electorales de la Procuraduría General de la Nación, además de ser docente de la Universidad Javeriana y autor de múltiples libros.

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
Secretaría Privada
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

Jefe de Divulgación
- Nancy Torres Leal

Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2117