

**BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO**República de Colombia
Consejo de EstadoNo 136- Enero 30 de 2014
BOGOTÁ, COLOMBIAwww.consejodeestado.gov.co**EDITORIAL**

Devolverle la confianza a la ciudadanía y rescatar la credibilidad en la justicia será uno de los retos más importantes este año para el Consejo de Estado. Las personas deben estar seguras que cuentan con una Corporación que protege sus derechos y defiende sus intereses.

Desde la nueva Presidencia del Consejo de Estado trabajaremos incansablemente para brindar un mejor servicio a los ciudadanos y por administrar una pronta y efectiva justicia.

Las mujeres que asumimos tanto la Presidencia como la Vicepresidencia de esta Corporación estamos comprometidas con nuestra función y dispuestas a ejercer la labor con honestidad y firmeza. Contamos con el compromiso institucional de los empleados y funcionarios que son y serán soporte en esta importante tarea.

Ojalá que al terminar este año el pueblo colombiano vuelva a creer en la probidad, honestidad e idoneidad de los jueces y magistrados y de todas las personas vinculadas a nuestra administración de justicia.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

SALA PLENA**Contenido:**

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al día	
Sala Plena	1-2
Acciones de tutela	2-4
Acciones Populares	4-5
Sección Primera	5-7
Sección Segunda	7-12
Sección Tercera	12-21
Sección Cuarta	21-25
Sección Quinta	25-28
Sala de Consulta	28-31
Índice	32-35
Noticias destacadas	36

1. En la zona del “Bosque Oriental de Bogotá” no se podrán conceder nuevas licencias, autorizaciones o permisos que permitan el desarrollo urbanístico o de construcción y se prohíbe desarrollar actividades mineras en dicha área.

Síntesis del caso: *La sala plena de ésta corporación, en atención a la acción popular interpuesta por la actora y teniendo en cuenta que varias disposiciones normativas establecen que los cerros orientales de Bogotá son zona de reserva forestal, determinó que en dicho lugar en adelante no se podrá construir, ni tampoco se podrán realizar actividades minera. Respecto de las construcciones y demás asentamientos que se encuentran en el lugar, la sala indicó que se les respetaran los derechos adquiridos sobre los mismos, con las excepciones a que haya lugar.*

Extracto: “La Sala encuentra razonable el requerimiento de la CAR, en el sentido de que no se debe ordenar la demolición de todas construcciones hechas a partir del 29 de noviembre de 2005, pues no puede hacerse una distinción radical entre las viviendas construidas antes y después de la medida cautelar decretada en esa fecha, para que unas u otras sean demolidas, sin consideración de las anotaciones registrales que las afectaran con la reserva forestal protectora o de otras pruebas que permitan constatar de manera inequívoca que los propietarios, poseedores o tenedores de las mismas

conocían de la afectación del inmueble al área protegida... Además, no puede desconocerse la realidad social que afecta la reserva, pues como lo consignó el informe de consultoría...La vivienda es el principal uso del suelo en la franja. Predominan las viviendas de estratos 1 y 2 con 86% del total de viviendas... por lo que desconocer esta realidad dejaría expuesta a una población vulnerable y ocasionaría una grave situación social, económica y de salubridad que iría en contravía de lo pretendido en esta acción... El concepto de derecho adquirido para efectos de este fallo hace relación a las licencias de construcción válidamente expedidas al amparo de la normatividad vigente, o a las construcciones levantadas en virtud de esas licencias, cumpliendo todos los requisitos de ley. Bajo el anterior contexto, la Sala encuentra que deben respetarse los derechos adquiridos de quienes obtuvieron licencias de construcción y/o construyeron legalmente en la franja de adecuación y en la zona de recuperación ambiental, ubicada dentro de la reserva forestal protectora, antes de la anotación registral de la afectación a la reserva del predio respectivo. No obstante lo anterior, no se reconocerán derechos adquiridos si se demuestra que, a pesar de no existir una anotación registral dentro de la historia traditicia del inmueble que lo afectara a la reserva forestal protectora, por actuaciones se deduzca inequívocamente que el propietario, poseedor o tenedor del inmueble conocía la afectación que pesaba sobre el inmueble en cuanto a la existencia de la reserva”.

[Sentencia de 05 de Noviembre de 2013, Exp. 25000-23-25-000-2005-00662-03\(AP\), M.P. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO](#)

* Con aclaración de voto de la Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

ACCIONES DE TUTELA

1. El ruido que emiten las iglesias o centros de culto no puede ser superior al permitido por la ley, porque se estaría vulnerando el derecho a la intimidad de las demás personas.

Síntesis del caso: En la presente acción de tutela a los actores les fue amparado su derecho fundamental a la intimidad, debido a que estaba siendo afectado por los altos índices de ruido emitidos por parte de los demandados, razón por la cual la sala determina que si bien el derecho a la libertad de culto es de rango constitucional, el mismo no es absoluto y por ende debe haber proporcionalidad respecto de los demás derechos de corte fundamental, lo anterior en aras de que no haya lugar a conflictos.

Extracto: “El ruido, es considerado tanto por la legislación nacional como por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación como agente contaminante del medio ambiente...La libertad de cultos es un derecho fundamental, que permite a las personas practicar, individual o colectivamente su credo, mediante devociones o ceremonias propias de su sentir religioso, y difundir su doctrina espiritual en forma individual o colectiva...No obstante lo anterior, la libertad de cultos tiene límites en su ejercicio, como ocurre con la generalidad de derechos fundamentales, teniendo en cuenta que no existen derechos absolutos. Dentro de estos límites está el no perturbar la tranquilidad de los demás. Se afectan derechos ajenos y se abusa de los propios...de forma tal que al practicarlos, desvirtúa el objetivo jurídico o el fin que esos derechos persiguen. Un abuso de tales características puede ocurrir, entre otras razones, cuando se ejercen los derechos con un objetivo contrario al orden jurídico y democrático, como puede ser con violación de los principios de dignidad humana, solidaridad, buena fe o efectividad de los derechos consagrados en la Constitución...Dado que el ruido producido con la manifestación personal o colectiva de un credo puede llegar a perturbar derechos de terceros y ser un factor que trastorne la tranquilidad, la intimidad e incluso a largo plazo, la salud y vida de las personas que se ven constantemente expuestas a un desequilibrio del medio ambiente circundante o de sus jornadas de sueño y de descanso...No obstante, como el derecho a la intimidad tampoco es un derecho absoluto, su protección no implica evitar cualquier ruido posible en la expresión de la libertad de cultos, sino aquellos sonidos que excedan el nivel

predeterminado por las autoridades competentes, dado que la vida en sociedad implica soportar cargas razonables”.

SENTENCIA DE 06 DE NOVIEMBRE DE 2013, EXP. 41001-23-33-000-2013-00255-01(AC), M.P. MARIA CLUDIA ROJAS LASSO

2. La mujer gestante nombrada en provisionalidad que ha sido desvinculada por razones objetivas, generales y legítimas, es titular de garantías mínimas que le acrediten el goce de la licencia de maternidad.

Síntesis del caso: La sección segunda, Subsección b de esta corporación accedió al amparo en consideración a que la actora es sujeto de especial protección por estar en embarazo, aún cuando la misma esté nombrada en provisionalidad. Razón por la cual ordenó el pago de manera retroactiva e ininterrumpida, de los aportes al Sistema de Salud correspondientes al período efectivamente laborado por ésta y al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral, así como la prestación integral del servicio de salud que requiere tanto la actora como su hijo que está por nacer

Extracto: “Se destaca que la medida principal de protección consiste en el reintegro o renovación del contrato, que brinda el mayor margen de garantía de los derechos de la madre gestante, pero también, que en los casos en los que no posible ordenar el reintegro, es procedente como medida de protección sustituta, el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad...los eventos en los que no se ha considerado procedente el reintegro, están directamente relacionados con circunstancias válidas, objetivas, generales y legítimas...cuando el empleo que desempeñaba la mujer gestante en provisionalidad, debe ser provisto por la persona que superó el proceso de selección pertinente...adquirió el derecho a ocupar el mismo en propiedad...En el caso en concreto...el señor Manuel Augusto Oyuela adquirió el derecho a desempeñar en propiedad el empleo...antes de que la peticionaria fuera nombrada en el mismo en provisionalidad, mientras se le concedió al señor Oyuela una licencia para desempeñar un cargo en descongestión...Por lo tanto, como en el caso de autos la desvinculación de la peticionaria no obedeció a un trato discriminatorio sino a una situación objetiva, válida y legítima, como es el hecho de que el titular del empleo que desempeñaba regresó a ocupar éste, se estima que no hay lugar a ordenar en favor de la demandante el pago de los salarios dejados de percibir...sino al reconocimiento de las cotizaciones respectivas al Sistema de Salud, de manera retroactiva e ininterrumpida, correspondientes al período efectivamente laborado por la demandante y al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral, con el fin de que el Sistema de Seguridad Social le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste, así como la prestación integral del servicio de salud que requiere ella como su hijo que está por nacer”

SENTENCIA DE 05 DE NOVIEMBRE DE 2013, EXP. 73001-23-33-000-2013-00424-01(AC), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE

3. A partir del año 2005 la pensión o asignación de retiro de la fuerza pública será actualizada o liquidada aplicando el sistema de oscilación.

Síntesis del caso: La actora interpuso acción de tutela contra providencia judicial, con la que demostró que las partes accionadas habían incurrido en defecto sustantivo, lo anterior en virtud de que no le habían dado la debida interpretación a la ley que enmarca en su caso, razón por la cual, la sala dejó sin efectos el fallo proferido por los demandados, habida cuenta que en su caso si bien había operado la prescripción cuatrienal de algunas mesadas reclamadas, no pasaba igual con otras a las que si tiene derecho por ley.

Extracto: “Estima la Sala que las autoridades accionadas incurrieron en un defecto sustantivo, pues las normas antes señaladas no tienen incidencia alguna respecto a la prescripción de las acreencias reclamadas, pues simplemente están consagrado que en adelante para las pensiones y asignaciones del personal de la Fuerza Pública, se vuelve a aplicar el sistema de oscilación. En efecto, si las sentencias controvertidas reconocen que la accionante tiene derecho al reajuste de la base de su asignación y que dicha circunstancia puede tener incidencia en las mesadas futuras, en atención a la naturaleza periódica de dicha prestación, están reconociendo que el monto de éstas pudo incrementarse, en especial durante los periodos en que debieron actualizarse con fundamento al IPC, y por lo tanto, que al momento de actualizar la referida prestación con base al principio de oscilación...el monto de la mesada podría ser mayor al que en efecto se reconoció, motivo por el cual en adelante, su beneficiario terminó recibiendo una suma menor de dinero a la que le correspondía...En ese orden de ideas, el hecho de que al 31 de diciembre de 2004 haya vuelto implementarse el sistema de oscilación para actualizar las pensiones y asignaciones de retiro para los miembros de la Fuerza Pública, no impide que frente a la accionante como consecuencia de habersele reconocido el derecho al reajuste de la base de la asignación, reclame la diferencia de las sumas que debió haber recibido, aunque sólo puede reclamar éstas dentro de los 4 años anteriores a la solicitud que elevó, y a pesar que dicho plazo tenga lugar después del límite de actualización de dichas prestaciones con fundamento en el IPC. Lo anterior se reitera, porque un asunto es que se haya previsto dicho límite para la actualización con fundamento en el IPC, y otro muy distinto, que en virtud de la prescripción cuatrienal sólo haya lugar a reconocer las diferencias de las acreencias causadas 4 años antes de la presentación la solicitud, y que deben ser reconocidas como consecuencia del reconocimiento del derecho al reajuste de la base de la mencionada prestación”

SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 2013, EXP. 11001-03-15-000-2012-01105-01(AC), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE

ACCIONES POPULARES

1. La Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible deben emitir los permisos de caza e investigación con sustento técnico del número y especie de la fauna a capturarse.

Síntesis del caso: *La Subsección C de la Sección tercera de ésta corporación, ampararon los derechos colectivos a la moralidad administrativa y equilibrio ecológico, que fueron vulnerados por el ministerio de ambiente al no reglamentar la tasa por uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y CORPOAMAZONAS, por no haber hecho el recaudo de la misma, además porque éstas entidades emitieron permisos de caza e investigación sin sujeción a los requerimientos legales, poniendo en peligro una especie de micos cuya hábitat es el trapezio amazónico*

Extracto: “Así las cosas, se evidencia una trasgresión a la moralidad administrativa por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible pues con su omisión de reglamentación ha contravenido el ordenamiento jurídico superior permitiendo que un particular no asuma los costos derivados del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables. De igual forma, Corpoamazonía ha promovido y fomentado el desconocimiento de la normativa superior, lo que ha producido, en consecuencia, la vulneración a los derechos de los simios aotus vociferans, al permitir su caza indiscriminada, sin el cumplimiento de los requisitos legales...Lo anterior, máxime si la obligación legal de reglamentación de la tasa objeto de estudio se encuentra, desde el año 1993, en cabeza del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (art. 5, numeral 29, ley 99 de 1993). El recaudo de esa tasa corresponde, por su parte, a la respectiva corporación autónoma regional, en los términos del numeral 13 del artículo 31 de la misma ley. Como se aprecia, la inactividad de la administración pública riñe con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, toda vez que la omisión reglamentaria (mora en la potestad reglamentaria) ha afectado y continúa lesionando los derechos colectivos mencionados, así como el derecho de los animales que son

empleados en las labores de investigación...si bien, dentro del acervo probatorio reposan pruebas que pretenden abrir la discusión sobre la posible existencia de la especie *aotus nancymae* de origen colombiano, lo cierto es que esa circunstancia no queda demostrada y, por el contrario, el hecho de que se hayan encontrado animales dentro de las visitas realizadas por Corpoamazonía lo que demuestran es que se han cazado primates de una especie sobre la cual no existe habilitación por parte de la autoridad ambiental”.

SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2013, EXP. 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP), M.P. ENRIQUE GIL BOTERO

* Con salvamento parcial de voto del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

SECCIÓN PRIMERA

1. Ni los Departamentos ni las Contralorías pueden fijar viáticos para sus empleados que sobrepasen los topes máximos fijados por el Gobierno Nacional.

Síntesis del caso: La Sala confirma la sentencia apelada, en el sentido de decretar la nulidad de los actos acusados, al considerar que el Gobernador y la Contraloría General del Departamento de Caldas fijaron unos viáticos que sobrepasaban los topes máximos estipulados por el Gobierno Nacional, a través de los Decretos 1461 de 2001 y 670 de 2002.

Extracto: De tal manera que ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional y de esta jurisdicción en señalar que, a pesar de que se reconoce la autonomía administrativa para las entidades territoriales para la fijación de las escalas de remuneración y emolumentos de los empleados de sus dependencias, tanto los gobernadores, como las asambleas, los alcaldes y los concejos sólo pueden ejercer tal facultad dentro del estricto marco señalado en la Carta Política y en la Ley General, motivo por el cual no pueden crear o regular factores salariales en forma distinta a como lo definieron el Congreso y el Gobierno Nacional. De acuerdo con las anteriores consideraciones, encuentra la Sala que tanto en el Decreto 00080 de marzo de 2002 como en la Resolución 1916 de agosto de 2002 objeto de demanda, los viáticos fijados por el Gobernador y el Contralor del Departamento respectivamente, rebasaron los topes máximos señalados en los decretos reglamentarios 1461 de 2001 y 670 de 2002 expedidos por el Presidente de la República de la época para los empleados del orden nacional, por lo que al desconocer el marco propio de sus competencias desconocieron normas superiores y legales a las cuales estaban sometidos, entre ellas la Ley 4 de 1992.

SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2013, EXP. 17001-23-31-000-2004-01267-01, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. APELACIÓN SENTENCIA

2. Los concejales del país pueden actuar como apoderados en procesos judiciales, donde sea parte el municipio al cual pertenecen, siempre y cuando en ellos no se tengan pretensiones económicas.

Síntesis del caso: La Sala revoca la sentencia apelada y en lugar decreta la pérdida de investidura del señor JUAN EFRAÍN CUBIDES RAMÍREZ, al considerar que el proceso en el cual el concejal actuó como apoderado del municipio de FUSAGASUGA, si tenía intereses económicos.

Extracto: En el mencionado asunto, el municipio de Fusagasugá pretendía el cumplimiento forzado de la obligación clara, expresa y exigible adquirida por el señor NOVOA GÓMEZ, poderdante del demandado, relacionada con el pago de una suma de dinero a favor de la entidad territorial como consecuencia de un contrato de compraventa de un bien inmueble, de contera, se trataba a todas luces de un proceso judicial

en el cual se gestionaba un claro interés económico del municipio. Precisamente, el objeto de dicho proceso era hacer valer una obligación dineraria a favor de la entidad territorial, circunstancia que hace evidente la configuración de la incompatibilidad en la que se encontraba el demandado para fungir como apoderado dentro del mismo.

SENTENCIA DE 25 DE JULIO DE 2013, EXP. 25000-23-41-000-2012-00468-01(PI), M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. APELACIÓN SENTENCIA - PÉRDIDA DE INVESTIDURA

3. A pesar de que el titular de una marca previamente registrada autorice el registro de la misma, la Superintendencia de Industria y Comercio no podrá registrarla

Síntesis del caso: La Sala deniega las pretensiones de la demanda al considerar que la excepción que contempla el literal f de la decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones no es aplicable a los registros marcarios, ya que el objeto de la legislación marcaria es asegurar la protección del público consumidor.

Extracto: La Sala, no obstante, en providencia de 4 de diciembre de 2008, rectificó su jurisprudencia en torno al contenido y alcance del literal f) del artículo 136 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, en el sentido de precisar que el mismo no es aplicable tratándose de acuerdos relativos a marcas u otros signos distintivos. Este criterio jurisprudencial, si bien se refiere a los acuerdos de coexistencia de marcas, a juicio de la Sala, es perfectamente aplicable en relación con los acuerdos derivados de la existencia de un grupo empresarial, en virtud de los cuales un miembro del mismo, titular de una marca, autoriza a otro integrante del grupo empresarial para solicitar el registro de esa misma marca, pues frente a una u otra situación, el alcance del mencionado literal es el mismo, esto es, que a su amparo no es posible la solicitud de registros marcarios.

SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 11001-03-24-000-2009-00155-00, M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

4. El auto que fija los honorarios definitivos del secuestre y el acto que resuelve rechazar el recurso de apelación no son enjuiciables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

Síntesis del caso: *La Sala confirma la sentencia apelada, al considerar que el a quo actuó bien al declararse inhibido para fallar de fondo, ya que los actos que se producen en el proceso de responsabilidad fiscal, como lo son el auto que fija honorarios definitivos del secuestre y el que niega el recurso de apelación no son enjuiciables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

Extracto: Con fundamento en el artículo resaltado, el a quo se abstuvo de estudiar de fondo el problema jurídico planteado por la actora, ya que el auto que fija los honorarios definitivos de la Auxiliar de Justicia, y el que resuelve rechazar un medio de impugnación por ser improcedente, no son objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues no corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De manera, que al sentir de esta Sala, el a quo no se equivocó en la aplicación de la norma, ya que se encuentra probada de oficio la excepción de inepta demanda contra el auto que fija los honorarios definitivos de la Auxiliar de Justicia, y el que resuelve rechazar la apelación, precisamente por falta de jurisdicción al no constituir actos administrativos demandables ante lo contencioso administrativo.

SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 05001-23-31-000-2006-01561-01, M.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. APELACIÓN SENTENCIA

5. No es procedente la condena en costas como consecuencia del desistimiento de la acción, cuando la parte actora lo solicita para evitar que se produzca un desgaste procesal

Síntesis del caso: La Sala revoca el auto apelado, en el sentido de no condenar en costas al actor, al considerar que este lo que pretendía con el desistimiento era evitar un desgaste procesal, ya que la parte demandada, unilateralmente y mediante la revocatoria directa había retirado de la vida jurídica los actos demandados.

Extracto: Como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso. Bajo estas premisas, la Sala observa que el actor ha propendido porque no se produzca el mencionado desgaste, pues al tener conocimiento de que en respuesta a su solicitud el Ministerio de Minas y Energía revocó los actos administrativos objeto del litigio, acudió inmediatamente a informar tal circunstancia con el fin de que no se continuara adelantando el trámite, esto es, la fijación de fecha de la audiencia inicial y su realización. No puede entonces imponerse una condena a la parte que obró de buena fe, con unos presupuestos jurídicos ciertos y con la confianza legítima de existencia de las decisiones que a su juicio eran contrarias al ordenamiento jurídico, pues aunque la terminación del proceso se da por una manifestación suya, en el fondo se deriva de una actuación del demandado. En consecuencia, nos encontramos frente a una variante de las causales típicas en que no es viable una condena en costas, para no dar paso a una aplicación exegética del orden jurídico que antes que garantizar los derechos procesales de las partes, finalidad para la cual fue erigida la administración de justicia, los desconocería.

AUTO DE 17 DE OCTUBRE DE 2013, EXP. 15001-23-33-000-2012-00282-01, M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. APELACIÓN AUTO.

SECCIÓN SEGUNDA

1. Al no demostrar el desempeño del cargo en propiedad, como resultado de un concurso de selección público y abierto, no se pueden reclamar los derechos propios de carrera administrativa.

Síntesis del caso: Pide la nulidad del Oficio No. 00214-02623 de 12 de abril de 2010, expedido por el Subdirector de Gestión de Personal de la DIAN, mediante el cual se negó la solicitud de prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada y la Resolución No. 0004390 de 11 de mayo de 2010, suscrita por el Director de Gestión de Recursos y Administración Económica de la DIAN, que confirmando la anterior decisión.

Extracto: Para la Sala resulta claro que el actor no podía reclamar para sí los derechos propios de los empleados de carrera administrativa, como es el caso de la prima técnica por el criterio de formación avanzada y experiencia altamente calificada, en la medida que la norma de inscripción automática de la cual pretende derivarlos (artículo 116 del Decreto 2117 de 1992) es inconstitucional por ser contraria al artículo 125 de la Carta Política, como acertadamente lo afirmó el *a quo*, y al derecho de igualdad en el acceso a la función pública. Así las cosas, como el señor Alvarado Caicedo no logró demostrar el desempeño de su cargo en propiedad, como resultado de un proceso de selección público y abierto, que garantizara la igualdad de condiciones entre los aspirantes, resulta innecesario verificar las demás exigencias señaladas en el artículo 4º del Decreto 2164 de 1991 para el otorgamiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 2013, EXP. 25000-23-25-000-2011-00094-01(0375-13), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2. Al aportar los mínimos probatorios exigidos para probar la convivencia en calidad de compañero permanente, como fueron dos testimonios, los cuales resultaron insustanciales y precarios para crear la certeza y reconocer el derecho pensional, se niega las súplicas de la demanda por defecto e incongruencia probatoria.

Síntesis del caso: El Instituto de Seguros Sociales, negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en razón al fallecimiento del señor Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara.

Extracto: Para la Sala no resulta sostenible la tesis expuesta por el apoderado de la demandante en el recurso de apelación, en el sentido que esos elementos de prueba adicionales no demuestran la convivencia durante los tres años exigidos por la ley, aunque la señora Yolanda Monsalve Medina los pueda tener en su poder; pues tal postura riñe con el principio de lealtad procesal y con la carga probatoria que de manera expresa le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a este asunto en virtud de la remisión del 267 del Código Contencioso Administrativo. Si la parte actora quería sacar adelante sus pretensiones, tenía que desplegar todos sus esfuerzos y allegar todos los documentos que tuviera en su poder, para reforzar el dicho de las testigos y brindar al juez la certeza suficiente acerca de la convivencia efectiva entre Francisco Hernando Supelano Ladrón de Guevara y Yolanda Monsalve Medina durante los tres años previos a la muerte de aquél; como no lo hizo, la decisión que se impone es negar las súplicas de la demanda por defecto e incongruencia probatoria, como acertadamente lo resolvió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En este punto la Sala advierte que el mínimo probatorio exigido por el artículo 48 del Acuerdo 049 de 1990, en el sentido que la calidad de compañero permanente se acredita con la inscripción efectuada ante el ISS por el afiliado o asegurado fallecido o, en su defecto, con dos declaraciones extrajuicio rendidas ante una autoridad judicial, no se compadece con los principios procesales de libertad probatoria y de libre apreciación del Juez. En efecto, al señalar esos dos únicos medios de prueba para acreditar la calidad de compañero permanente, el citado acto administrativo riñe con lo que sobre el mismo aspecto refirió el artículo 4° de la Ley 54 de 1990, en cuanto a que la existencia de la unión marital de hecho puede establecerse por los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil.

SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 2013, EXP. 25000-23-25-000-1997-03631-01(1199-12), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3. La prestación del servicio como vigilante - celador no es una actividad temporal e independiente, por lo que en aplicación del Principio de la realidad sobre las formas se configura una relación laboral.

Síntesis del caso: Solicito la nulidad de las Resoluciones 556 de 23 de octubre de 2003 y 0628 del 9 de diciembre del mismo año, por medio de las cuales el Municipio de Medellín negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Extracto: Advierte la Sala que si una persona presta servicios como vigilante - celador resulta inadmisibles afirmar que realiza actividades temporales e independientes, siendo que la labor contratada por la entidad exige que se brinde el servicio de seguridad en forma permanente para poder funcionar con total tranquilidad. Carecería de cualquier lógica que los servicios de vigilancia se prestaran ocasionalmente, siendo que la seguridad de la entidad puede verse afectada en cualquier momento, lo que exige la presencia continua de una persona que ofrezca y garantice la guarda de la misma. Lo anterior permite concluir que para cumplir con las labores de vigilancia, la persona contratada para tal fin, debe atender y obedecer las órdenes de sus superiores, a quienes les corresponde determinar en qué forma, horario y dependencia se debe prestar el servicio, es decir, que el elemento de la subordinación es indispensable para que se pueda desarrollar tal servicio.

SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 2013, EXP. 05001-23-31-000-2004-03742-01(2027-12), M.P. ALFONSO VARGAS RINCON. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

4. La omisión o negligencia de presentar los alegatos de conclusión en el proceso disciplinario no vulnera el derecho de defensa.

Síntesis del caso: Solicito la nulidad de las Resoluciones Nos. 0886 de 2008 y 09872 de 2009, expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", por medio de la cual le impuso una sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de 10 años.

Extracto: la notificación del auto por medio del cual dispuso correr traslado a los interesados para que presentaran los alegatos de conclusión se notificó en debida forma, es decir, en los términos del citado artículo 105, aun cuando el demandado pretendió notificarlo forma personal. De esta manera, se aseguró no solamente de dar a conocer al interesado que se le estaba corriendo traslado para presentar los alegatos de conclusión sino que igualmente garantizó con ello que el notificado ejecutara el propio acto a su cargo, el que a la postre no efectuó, en la medida en que conforme a la constancia secretarial emanada de la Dirección Regional Central -Grupo Control Interno Disciplinario- adosada en el expediente no presentó los alegatos de conclusión. Esta omisión o negligencia no la puede justiciar el actor en una infundada ausencia de notificación del referido auto, cuando el trámite surtido en el interior del proceso disciplinario demostró otra situación diferente.

SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 2013, EXP. 11001-03-25-000-2010-00242-00(2036-10), M.P. ALFONSO VARGAS RINCON. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

5. No se configuraron los elementos de fuerza mayor, ni legítima defensa del patrullero de la Policía Nacional al accionar el arma de fuego en contra de la población civil.

Síntesis del caso: Demanda la nulidad de los fallos de primera (21 de marzo de 2011) y segunda (29 de abril de 2011) proferidos por la Policía Nacional, por medio de la cual le impuso una sanción de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de 10 años.

Extracto: Se advierte que en el presente caso no se configuraron los elementos de la fuerza mayor, ni de la legítima defensa alegadas por el actor como causales eximentes de responsabilidad, puesto que él mismo con su conducta apresurada e imprudente creó un riesgo para su vida e integridad personal, así como para la de sus compañeros y la ciudadanía en general. Adicionalmente no utilizó las medidas menos lesivas para reaccionar ante la provocación de una persona en estado de embriaguez, sino que decidió sacar su arma de dotación ocasionando la agresividad de todos los presentes, realizó disparos al aire y a la grama de la cancha. Además, se advierte la falta de proporcionalidad entre la agresión y el medio utilizado para contenerla, pues el señor Marín Corrales no se encontraba solo al momento de hacer el cierre del establecimiento donde se desencadenaron los hechos, es decir que contaba con el respaldo de otros compañeros para defenderse, por lo cual, no se evidencia que estuviera enfrentando un peligro actual e inminente que ameritara el uso de su arma.

SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2013, EXP. 11001-03-25-000-2012-00010-00(0066-12), M.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ (E). ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

6. Por considerar que el retiro de servicio de un agente de la Policía Nacional por incapacidad psicofísica sólo daba cumplimiento a una decisión judicial, es decir no constituía un hecho nuevo, se niega la nulidad de dicho acto de ejecución.

Síntesis del caso: La Sala determina si la Resolución No. 02537 de 7 de octubre de 2002, mediante la cual el Director de la Policía Nacional ordenó, en primer lugar, el pago de unas prestaciones salariales y sociales a favor del señor Luis Alberto Rincón Velásquez y, en segundo lugar, dispuso su retiro del servicio, constituye un acto de ejecución o, por el contrario, un acto administrativo que contiene la manifestación de la voluntad de la administración tendiente a extinguir su vínculo laboral.

Extracto: Los eventos en que la administración da cumplimiento a decisiones emitidas por autoridades judiciales únicamente profiere actos que ejecutan el contenido material de las mismas sin que, en principio, haya lugar a establecer situaciones jurídicas nuevas o distintas a las que fueron objeto de debate y conclusión en sede judicial. Esta última precisión en razón a que si el acto expedido por la administración, en cumplimiento de una decisión judicial, no sólo aborda aspectos distintos a los expresados en la decisión a ejecutar sino que da lugar a la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas a favor de los particulares, ellos da lugar a un típico acto administrativo susceptible de control judicial. En este sentido, estima la Sala que cuando la Dirección de la Policía Nacional expidió la Resolución No. 02537 de 2002 se limitó a ejecutar la sentencia de 21 de marzo de 2002, proferida por esta Subsección, al ordenar a favor del demandante el pago de los haberes dejados de percibir desde su retiro y hasta la fecha en que se diera cumplimiento a la referida decisión y, adicionalmente, al disponer su retiro del servicio por disminución de la capacidad sicofísica, ante la imposibilidad probada de seguir prestando sus servicios.

SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2013, EXP. 05001-23-31-000-2003-00490-01(2277-12), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

7. Se ordena reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a padres de Infante de Marina que prestó servicio militar obligatorio.

Síntesis del caso: Determinar si resulta procedente el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a los demandantes en su condición de padres del Infante de Marina Diego Francisco Páez Cubillos, muerto con ocasión de actos propios del servicio.

Extracto: Contrario a lo manifestado por el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa en el acto acusado, el régimen prestacional vigente en punto de la pensión de sobreviviente para el personal vinculado a las Fuerzas Militares, por razón de la prestación del servicio militar obligatorio, vigente a la muerte del Infante de Marina Diego Francisco Páez Cubillos, 12 de marzo de 2008, era el previsto en la Ley 447 de 21 de julio de 1998. Dicha norma, debe decirse, en su artículo 1 establece a favor de los beneficiarios del personal vinculado a las Fuerzas Militares, que fallezca con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio y por causa de actos propios del mismo, el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente vitalicia equivalente a un salario y medio mínimo legal y mensual vigente. Así las cosas, tal como lo estimó el Tribunal, los señores José Francisco Páez Páez y Rosalba Cubillos Alfonso, en su condición de padres del Infante de Marina Diego Francisco Páez Cubillos, tenían derecho al reconocimiento y pago de una prestación pensional por sobrevivencia, con ocasión de la muerte de éste en actos propios del servicio, en los términos de la Ley 447 de 1998 y el Decreto 4433 de 2004, esto es, en monto igual a un salario y medio (1.1/2) mínimo legal mensual vigente.

SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2013, EXP. 25000-23-25-000-2010-00302-01(2061-13) M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

8. Se niega nulidad del acto que sancionó con destitución a Agente de la Policía Nacional por utilizar bienes de la entidad a actividades diferentes del servicio, al encontrar que no se cumple los requisitos para considerar que se obró en estricto cumplimiento de deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.

Síntesis del caso: Se trata de establecer si el demandante violó el reglamento de la Institución al transportar en el auto oficial al conductor de la tractomula que transportaba presuntamente un cargamento de droga.

Extracto: Para que opere la causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria prevista en el artículo 28-2 del Código Disciplinario Único, deben darse los siguientes elementos: 1. Tener mínimo dos deberes constitucionales o legales, relacionados con la función o servicio que se presta por parte del servidor público implicado. 2. El cumplimiento del deber ha de ser estricto. 3. No se puede pregonar entre deberes omisivos. 4. Uno de los deberes debe cumplirse en menoscabo del otro, por tener mayor jerarquía. 5. El cumplimiento de los deberes debe estar en cabeza del mismo servidor público. 6. El disciplinable debe conocer que actúa para hacer prevalecer el de mayor jerarquía. En el sub-lite, el actor no estaba legitimado por ley para transportar en la patrulla [vehículo institucional] al conductor de la tractomula de la Estación de Policía de Malambo al sitio donde fue detenido y lugar en que se encontraba parqueado el vehículo inmovilizado, máxime que éste tenía conocimiento del procedimiento irregular que se estaba llevando a cabo, toda vez que el disciplinado públicamente afirmó que si le daban ‘garrote’ hablaba, como da cuenta la declaración del PT. Benavides. Si bien es cierto, la orden fue emitida por el superior jerárquico [Mayor Monroy] con las formalidades legales, tenía un contenido antijurídico, como era el de trasladar al conductor de la tracto mula hacia la Estación de Policía de Malambo “para que éste negociara fraudulentamente con el Mayor Monroy [superior jerárquico] el paso de la tracto mula que presuntamente contenía un cargamento de cocaína”, como lo indicó el Juez disciplinario en los fallos de primera y segunda instancia

SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 2013, EXP. 11001-03-25-000-2011-00534-00(2049-11), M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

9. Por ser aplicable una norma especial, ley 32 de 1986 y Decreto 407 de 1993, así como el principio de irretroactividad de la ley se consideró que el acto por el cual se retiró del servicio por pensión al demandante vulneró el ordenamiento jurídico aplicable a los miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, pero se niega el reintegro al cargo por haber superado la edad de retiro forzoso señalada para el cargo de Dragoneante.

Síntesis del caso: Revisar la legalidad del acto acusado en orden a establecer si le asiste derecho al demandante a ser reintegrado al cargo de Dragoneante que desempeñaba en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, luego de efectuado el reconocimiento de su pensión de jubilación y hasta la edad de retiro forzoso.

Extracto: En contravía del régimen especial consagrado para los funcionarios del INPEC, el Director General de la Institución mediante la Resolución No. 3920 de 2003 ordenó el retiro del demandante, con fundamento en el parágrafo 3 del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 que faculta el retiro de los empleados cuando les ha sido reconocida o notificada la pensión por parte de las Administradoras del Sistema General de Pensiones, momento para el cual el actor contaba con 54 años de edad. En sentir de la Sala, la anterior disposición desconoce el principio de la irretroactividad de la ley, por cuanto la situación pensional del demandante se consolidó con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley 797 y adicionalmente, existía norma especial contenida en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1993 que consagraban las causales de retiro del personal de vigilancia y custodia del INPEC. En efecto, el artículo 49 del Decreto 407 de 994 estableció “... d) Retiro con derecho a pensión ...” Así entonces, para la Sala es clara la improcedencia del reintegro y de las demás pretensiones prestacionales, pues del material probatorio allegado al plenario se encontró que para la fecha de retiro del servicio, el actor acreditaba 54 años, es decir, contaba con 4 años más de la edad del retiro forzoso aplicable a la categoría de Dragonenante.

SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 2013, EXP. 05001-23-31-000-2004-01142-01(0848-13) M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

10. Se niega nulidad del acto que sancionó con destitución al gobernador de Bolívar por irregularidades en el proceso de contratación para la adquisición de textos escolares.

Síntesis del caso: *Establecer la legalidad de los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia proferidos el 24 de enero y el 22 de mayo de 2006, mediante los cuales se declaró disciplinariamente responsable al señor Luis Daniel Vargas Sánchez y se impuso la sanción principal de destitución y la accesoria de inhabilidad en el ejercicio de funciones públicas por el término de 13 años y al resolver el recurso de apelación se disminuyó la accesoria a 11 años de inhabilidad.*

Extracto: Considera la Sala que en el proceso disciplinario si se demostró que el actor, en su condición de Gobernador del Departamento de Bolívar faltó a su deber de cuidado para que las condiciones fijadas en los términos de referencia de la licitación tuvieran reglas objetivas, claras y justas que permitieran participar en igualdad de condiciones a todos los interesados. Además, el hecho de que hubiera delegado en sus subalternos lo relativo a la elaboración de los términos de referencia y el texto mismo de la licitación, no implica una causal eximente de responsabilidad, máxime cuando de conformidad con los artículo 11 y numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, su deber funcional consistía en dirigir el proceso contractual y, tal como lo ha sostenido esta Corporación, el acto de delegación de funciones no la eximía de responsabilidad.

SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 2013, EXP. 11001-03-25-000-2012-00426-00(1679-12), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

SECCIÓN TERCERA

1. Consejo de Estado reivindica papel de la mujer y de los niños y niñas víctimas del conflicto armado interno.

Síntesis del caso: *El 6 de junio de 1997 murió el agente de policía Héctor Latorre Zambrano en el cuartel de Policía de Barbacoas (Nariño) como consecuencia de una toma guerrillera de las FARC. La estación de policía no contaba con armamento y recursos físicos para proteger la integridad física y vida de los policiales.*

Extracto: “El impacto diferenciado de la violencia que experimentan las mujeres en razón de su género va ligado directamente a la vulnerabilidad a la que está expuesta la mujer en medio del conflicto y con posterioridad a éste, como quiera que el mismo las obliga a asumir roles que antes no desempeñaban, imponiéndoseles cargas adicionales a las que normalmente asumían. Es importante destacar como la mujer saca adelante sus hogares aun a pesar del rompimiento de sus estructuras funcionales originales, donde muchas veces no solo está ausente la figura del padre sino también de varios miembros de un mismo hogar. El carácter diferencial de la violencia viene dado no en razón del género como tal, sino en razón de las diferencias en la forma de afrontar la violencia para cada cual y en como las cargas que genera el conflicto sobre la mujer es mayor por cuanto en la mayoría de casos es la mujer quien se encarga de regenerar su tejido social. Es necesario reconocer el impacto que la violencia ha causado en la vida de las mujeres dejándolas solas con la ausencia de sus familiares, cargando en ellas la desaparición, la muerte de sus compañeros, esposos. Lo cual ha conllevando a la desarticulación y desarraigo de los hogares por ellas constituidos, obligándolas a (sic) (sic) asumir la posición de madres cabezas de familia proveedoras del hogar sumando a ello la obligación de exigir una reivindicación de sus derechos vulnerados, de reparación, Justicia y verdad ante los actos de violencia de los cuales fueron víctimas directas o indirectas. Es necesario para la sala, reivindicar el poder de la mujer en la historia del país y reconocer que lejos de ser una víctima “victimizada”, la mujer, muy a pesar de las condiciones que le impone la sociedad y el conflicto armado, ha sido ejemplo de valentía y ha resistido con valor las diferentes condiciones a las que el conflicto la ha expuesto y como en muchos casos a través de su cotidianidad ha ayudado a garantizar las mínimas condiciones de vida digna de quienes le rodean sin importar el conflicto. Ejemplo de estas condiciones fueron a las que estuvieron sometidas Liliana esperanza Zambrano y Jessica Liliana Latorre quienes se encontraban viviendo en el Municipio de

Barbacoas y presenciaron el combate en donde perdiera la vida su compañero y padre. Así mismo la sala encontró probado en el proceso que la Señora Zambrano contribuyó con la policía proveyendo la alimentación para el personal destacado en el Municipio de Barbacoas sin importar el peligro al cual se veían expuestas ella y su hija. Esta función social no puede ser desconocida por la Policía quien tenía a su cargo esta obligación y quien solo se limitó a enviar enseres de cocina a una estación que carecía incluso de agua potable y en donde los habitantes tenían prohibido proveer de cualquier alimento, bien o servicio a la policía. El papel de la mujer no puede permanecer invisible para el Estado cuando ejerce labores humanitarias en la guerra por considerarse “socialmente” tales labores como propias de la mujer en desarrollo de las funciones de ama de casa. Pues está claro que las mismas constituyen una labor del más alto grado de reconocimiento no solo laboral, sino social. Así mismo quedó probado en el proceso que la labor de la señora Zambrano contribuyó a garantizar la calidad de vida de los agentes con un servicio básico como lo es la alimentación. Por todo lo anteriormente expuesto y en reconocimiento de las mujeres como víctimas del conflicto armado ante el rompimiento de su estructura familiar, del dolor al que se vieron sometidas por la pérdida de su compañero, del desarraigo al que se vieron inmersas al haber tenido que abandonar el Municipio de Barbacoas, tras la toma guerrillera y por el cambio de rol al que se vieron inmersas ante los actos de violencia del conflicto armado, así como por la función social que desempeñó la señora Liliana Esperanza Zambrano y su hija en el Municipio de Barbacoas; la Sala encuentra necesario reconocer en la dimensión de los perjuicios inmateriales, y como componente de la reparación integral, la condena a favor de las demandantes de la indemnización por vulneración de los bienes constitucionales y convencionales (Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado) a la vida, a la construcción de una familia y a la dignidad de las mujeres.”

Procede reconocimiento de perjuicios inmateriales a favor de niños y niñas víctimas del conflicto armado por la vulneración de las garantías de las que son titulares

Extracto: “El desarrollo del conflicto armado interno en el país ha marcado de manera negativa y reiterada la vida de niñas y niños, convirtiéndolos en víctimas silenciosas de la guerra. Éstos se enfrentan a la vivencia de múltiples escenarios que degeneran en limitantes al desarrollo de su personalidad, en el mejor de los casos, y en otros, en efectos psicológicos difíciles de superar, debido no solo a los hechos que presencian, sino también al rompimiento de las estructuras familiares y de su entorno social. Estas estructuras son de gran importancia para el desarrollo de los menores. Por lo que cualquier afectación de las mismas constituye una vulneración a sus derechos, especialmente se vulnera los derechos reconocidos convencionalmente en la Convención de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de los niños de 1989 (artículo 38.1 y 38.4), 39 y el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es por esta razón que aun cuando en principio los menores sean víctimas indirectas de la violencia, esta condición cambia a la de víctima directa cuando se fractura su estructura familiar por el especial reconocimiento y protección que tienen las niñas y niños por su condición particular de vulnerabilidad. (...) estas repercusiones causadas en los niños y niñas víctimas del conflicto armado les deja consecuencias a largo plazo en su desarrollo social. Y que este tipo de daños no pueden desconocerse toda vez que los menores son sujetos de especial protección constitucional, más aun cuando se tienen en cuenta las consecuencias nefastas del conflicto. En tal sentido la sala encuentra probada la vulneración a las garantías de las cuales son titulares los niños con ocasión del conflicto. En el caso que nos ocupa de Jessika Liliana es así, por cuanto la menor no solo presenció la toma del municipio de Barbacoas, en donde evidenció la crueldad de la guerra al ver a su padre víctima de múltiples impactos de bala propinados por el grupo insurgente, entre ellos un disparo a corta distancia en la cabeza, el cual le ocasionó la muerte; sino que también ha sido víctima del rompimiento de su estructura familiar, como consecuencia de la cual no solo ha sufrido repercusiones ante la desaparición del padre sino de los daños psicológicos ocasionados en la madre, que tal como lo señala el informe de medicina legal han generado una “relación simbiótica” dañina tanto para la madre como para la hija por la repercusión del dolor y tensión de la primera sobre la menor, llegando a repercutir incluso en su entorno social y escolar.

NOTA DE RELATORIA: Esta decisión fue proferida por la Sub-Sección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con salvamento parcial de voto y aclaración de voto del consejero Enrique Gil Botero, y, con aclaración de voto de la consejera Olga Mélida Valle de De La Hoz. Además, en el fallo se exhortó al

Gobierno Nacional para que, si lo considera pertinente, solicite opinión consultiva a la CIDH sobre la comisión de violación de derechos humanos por cuenta del grupo guerrillero en el caso estudiado.

SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2013. EXP. 52001-23-31-000-1999-00577-01(25981). M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

2. Se condena al Instituto de Bienestar Familiar por la muerte de una niña en un hogar comunitario, ante la falla del servicio, de la entidad demandada, en el deber de cuidado y protección.

Síntesis del caso: El 26 de julio de 1999, murió la niña Natalia Sandoval Martínez del Hogar Comunitario “Mis Monachitos” del ICBF como consecuencia de un golpe sufrido en la cabeza, que le produjo fractura de cráneo.

Extracto: “[E]sta Corporación ha reconocido de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado -vía acción o pretensión de reparación directa-, por los daños irrogados a menores mientras se encuentren bajo el cuidado y protección del ICBF o algún Hogar Comunitario vinculado a dicho Instituto (...) siempre que se presente la concreción de daños antijurídicos a los menores que se encuentren bajo el cuidado y protección de los Hogares Comunitarios, el Estado a través del ICBF, está obligado a resarcir los perjuicios que se llegaren a causar, siempre que le sean imputables. (...) Para el caso sub examine, existen suficientes elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión de que la entidad demandada -ICBF-, está compelida a reparar los daños antijurídicos padecidos por los demandantes. En efecto, para la Sala el daño es causal y jurídicamente atribuible a la entidad demandada, por las siguientes razones: (...) la menor Natalia Sandoval Martínez se encontraba en una situación de incapacidad dada su corta edad -7 meses-, lo cual le impedía autodeterminarse y/o protegerse; además, porque su madre la entregó en buenas condiciones de salud para su cuidado y protección al Hogar Comunitario, razón por la cual éste asumió posición de garante respecto de la vida e integridad de la menor, inclusive frente a la posibilidad de que se causara daño a sí misma; es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico el ICBF estaba compelido a impedir la concreción del resultado dañoso. (...) Así pues, el ICBF a través del Hogar Comunitario “Mis Monachitos”, tenía el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produjera la afectación a la vida e integridad de la menor Natalia Sandoval Martínez; sin embargo, se abstuvo de ejercer un riguroso cuidado sobre dicha menor puesta bajo su cuidado y protección, pues como quedó establecido, la menor sufrió un trauma craneoencefálico que le produjo la muerte mientras se encontraba bajo el cuidado y protección de un hogar comunitario adscrito al ICBF. (...) Por consiguiente, para el asunto sub examine, encuentra la Sala incontestable el hecho de que el Estado debió implementar todas las medidas de seguridad y protección para evitar que la menor Natalia Sandoval Martínez resultara lesionada. En consecuencia, el deber de protección -incluida la obligación de seguridad y protección- era exigible a la entidad demandada; no obstante lo anterior, le era posible exonerarse mediante la acreditación de una causa extraña (v.gr. el hecho determinante y exclusivo de la víctima); sin embargo, en el asunto concreto no quedó establecida esa precisa circunstancia en tanto del acervo probatorio se desprende que era previsible, predecible o altamente probable que la menor dada su incapacidad absoluta -7 meses de edad- pudiere resultar afectada en su vida o integridad física. Dicha conclusión lleva, además, a deducir, como se indicó precedentemente, la falla en la prestación del servicio en la cual incurrió la entidad demandada por su actuar descuidado o negligente en la producción del hecho dañoso. (...) En casos similares a los analizados en el presente asunto, en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado por los daños causados a personas en incapacidad absoluta -pacientes psiquiátricos-, puestas al cuidado y protección de entidades estatales que deben garantizar su seguridad, vigilancia y custodia, (...) lo cierto es que dichas obligaciones resultan predicables también respecto de los Hogares Comunitarios en los cuales se ponen bajo su cuidado y protección a personas menores de 14 años, las cuales no tienen la capacidad para autodeterminarse y autoprotgerse, amén de que en ambos casos se está en presencia de personas que se encuentran en debilidad y/o vulnerabilidad manifiesta. Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, la Sala revocará la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión el 6 de octubre de 2004 y, en consecuencia, analizará la indemnización de los perjuicios solicitados en la demanda”.

El Consejo de Estado ordenó medidas de reparación integral de contenido no pecuniario al Instituto de Bienestar Familiar frente al presente caso, consistente en la difusión del contenido de la sentencia.

Extracto: “En el caso concreto, la Sala advierte que se transgredió tanto la dimensión objetiva como subjetiva del derecho a la vida y a la integridad de la menor Natalia Sandoval Martínez, toda vez que el comportamiento del ICBF fue negligente y descuidado para con el cuidado y protección que estaba en la obligación de brindarle; en efecto, según quedó establecido, la menor sufrió un trauma craneoencefálico que le produjo la muerte, mientras se encontraba bajo el cuidado de un hogar comunitario, lo cual también significó el desconocimiento de la protección constitucional especial y reforzada que cobija a los niños y niñas de país. Por lo tanto, con fundamento en el principio de reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998), la Sala decretará las siguientes medidas, con miras a restablecer la dimensión objetiva del núcleo de los derechos fundamentales transgredidos: (...) Como medida de no repetición , el Director o Directora General a nivel nacional del ICBF remitirá a todos los Centros Regionales de esa entidad en el país, copia íntegra de esta providencia para que sea difundida entre las Asociaciones de Padres de Hogares de Bienestar. (...) De igual forma, el ICBF establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. La entidad demandada, en el término de 2 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, subirá a la red el archivo que contenga esta decisión y mantendrá el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución. (...) La entidad demandada deberá enviar un informe de cumplimiento de la orden anterior, con destino a la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.”

SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2013. EXP. 25000-23-26-000-2001-00298-01(29533). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

3. Consejo de Estado declaró la nulidad de la Resolución No. 0254 de 2004 expedida por la Dirección General de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique, CARDIQUE, por desbordar las competencias dadas por la Ley. Los entes autónomos deben ejercer sus facultades de acuerdo con la ley.

Síntesis del caso: La Corporación CARDIQUE profirió la resolución 254 del 19 de abril de 1994, mediante la cual se determinó el plan de manejo ambiental y se autorizó a un particular la realización de obras de manejo y almacenamiento de carbón, coque y graneles, la ampliación de un muelle y el dragado de un nuevo canal de acceso. La Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo demandaron la nulidad del acto alegando incompetencia y falsa motivación.

Extracto: “[E]l artículo 66 de la Ley 99 de 1993 pone de manifiesto que le corresponde a los municipios, Distritos o Áreas Metropolitanas cuya población urbana fuere igual o superior a un millón de habitantes, ejercer dentro del perímetro urbano “las mismas funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales, en lo que fuere aplicable al medio ambiente urbano”. Dichas atribuciones comprenden el otorgamiento de las licencias ambientales, concesiones, permisos y autorizaciones para el ejercicio de actividades o la ejecución de obras dentro del territorio de su jurisdicción. Texto legal que, por demás, fue declarado exequible por la Corte Constitucional al concluir que “el artículo 317 de la Constitución no confirió a las CAR la exclusividad en el manejo de los asuntos ambientales”. (...) Preceptos todos que deben ser estudiados teniendo en cuenta la particularísima protección constitucional del medio ambiente sano contenida, como lo ha señalado la Sala, en los artículos 8º, 49, 58 inciso segundo, 79,80 88, 95.8, 268.7, 317, 332, 334, 339, 340 y 366 de la Carta. Normas que reflejan la preocupación del Constituyente de 1991 por la tutela efectiva de un derecho colectivo cuyo desarrollo normativo es reciente. Estas disposiciones revelan la dimensión ecológica del texto fundamental y cuya observancia no quedó reservada exclusivamente a las CARS sino que se hizo extensiva a otras instancias estatales (...) En tal virtud, la competencia (ratio loci) para expedir la resolución impugnada no recaía en la Corporación

Autónoma Regional del Canal del Dique, sino quien tenía competencia para conocer del asunto era el Establecimiento Público Ambiental-EPA. Correspondía a esta entidad descentralizada por servicios del orden distrital, conocer de la aprobación o no de la autorización de aplicación del Plan de Manejo Ambiental solicitado por la Sociedad Terminal Marítimo Muelles El Bosque. (...) Es preciso insistir en que en un Estado de derecho las entidades administrativas deben ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones respecto de los asuntos que le hayan sido expresamente asignados por la ley, en tanto el límite funcional de la ley está concebido como una garantía de los derechos de los asociados y por lo mismo no son de recibo los argumentos de la entidad accionada en el sentido de que se está delante de una “competencia implícita”. Lo dicho da base suficiente para concluir que cuando la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique expidió, sin fundamento legal alguno, el acto acusado, desbordó el ámbito de sus competencias. De modo que Cardique invadió la competencia correspondiente a la entidad descentralizada Distrital correspondiente, con lo cual infringió lo previsto en el citado artículo 13 de la Ley 768 de 2002, el artículo 66 de la Ley 99 de 1993 y los artículos 1o y 3º del Acuerdo 029 del Concejo Distrital de Cartagena. (...) Por lo anterior y teniendo en consideración que conforme al artículo 121 superior ninguna autoridad del Estado (incluidos por supuesto los entes autónomos) podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, se declarará, la nulidad del acto acusado.”

Los entes autónomos deben ejercer sus competencias de acuerdo con la Ley

Extracto: Ha dicho la Sala -y en esta oportunidad lo reitera- que la regulación administrativa a cargo de los entes autónomos debe ejercerse, como es apenas natural, de acuerdo con la ley. De manera que si bien la Corporaciones Autónomas ejercen una faceta del poder público que ha sido reconocida jurisprudencialmente como de aquellas autónomas de que trata el inciso segundo del artículo 113 superior, ello no supone que constituyan ruedas sueltas autárquicas en el engranaje estatal. En efecto ha dicho la Sala que los entes autónomos no pueden suplir al legislador y que muy por el contrario deben sujetarse a la ley (...) Establecido que la regulación de las Corporaciones Autónomas Regionales es una atribución que debe ejercerse secundum legem, es preciso subrayar que esta consideración de principio resulta aún más relevante cuando ellas tan sólo expiden actos administrativos de carácter particular, como sucede en el sub examine.

La competencia es expresa, irrenunciable e improrrogable

Extracto: “Desde el punto de vista administrativo, la competencia hace relación a la facultad que tiene un funcionario u órgano para ejercer función administrativa en una materia y dentro de cierto tiempo y ámbito territorial. Es el poder de conocer, gestionar y ejercer autoridad administrativa en ciertos asuntos, dentro de “...la esfera de atribuciones de los entes o órganos, determinada por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico. Vale decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe legítimamente ejercer...”. (...) La competencia, entonces, está delimitada por las atribuciones conferidas por la Constitución, la ley o el reglamento a las entidades y servidores públicos, quienes únicamente pueden hacer, actuar y ejercer funciones en lo que les está legalmente permitido y autorizado para el cumplimiento de los fines del Estado (arts. 2, 6, 121 y 122 C.P.). (...) Ahora, la competencia es expresa, irrenunciable e improrrogable, y está asignada por el ordenamiento jurídico en razón a criterios o factores, entre los que se destacan: (i) la materia (ratio materiae), es decir, según las actividades, tareas y funciones que legalmente puede desempeñar la autoridad; (ii) el territorio (ratio loci), esto es, el ámbito espacial o circunscripción en la cual se puede ejercer; (iii) el tiempo (ratio temporis), o sea el ámbito temporal en el cual es legítimo ejercerla; (iv) el nivel de jerarquía o posición vertical que tenga la autorizada dentro de la organización administrativa; y (v) el sujeto (ratio personae), esto es, por las calidades o condiciones de la autoridad. (...) En este sentido, se puede afirmar que los actos administrativos están ajustados a la ley cuando han sido proferidos por una autoridad pública u órgano dentro del marco de las atribuciones asignadas por la Constitución, la ley o el reglamento, esto es, en el ámbito de su competencia; en contraste, están viciados por una causal de nulidad declarable por el juez administrativo “...cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes...” (art. 84 C.C.A.), es decir, sin facultades para actuar administrativamente o por fuera de las reconocidas por aquellas preceptivas a los funcionarios u órganos públicos. Vicio de incompetencia que reviste tal gravedad que incluso, como ha señalado de manera reiterada la Sala, puede incluso ser declarado de

oficio por el juez natural de la administración, toda vez que configura la clásica voie de fait -vía de hecho- de que trata el derecho administrativo francés.”

SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2013. EXP. 11001-03-26-000-2005-00051-00(31446). M.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO. ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE

4.a. El régimen subjetivo de falla del servicio sirve para resolver la responsabilidad que se desprende del acto médico como tal, pero cuando el daño se produce al interior de una institución psiquiátrica o de atención mental se debe decidir la controversia bajo la égida de un título objetivo de responsabilidad.

Síntesis del caso: El señor Luis Alberto Henao Morales padece de sicosis maniaco depresiva que lo convertían en un sujeto extático que presenta episodios críticos en los que ha requerido de atención psiquiátrica en centro especializado, de manera concreta en la institución demandada. El paciente sufrió quemaduras de primer y segundo grado padecidas en sus manos, cuello y la pérdida del dedo índice izquierdo, quien se conflagró al incinerar los aparatos de contención física que le habían sido impuestos en la sala de observación por el personal paramédico del Hospital Mental de Antioquia.

Extracto: “No pretende la Sala transformar o mutar la responsabilidad derivada del *acto médico* en objetiva, pues se insiste, la medicina no puede ser considerada una actividad riesgosa o peligrosa; *a contrario sensu*, el riesgo que se predica, para el caso de los centros hospitalarios psiquiátricos, se circunscribe al ámbito de los actos paramédicos y/o extramédicos (...) el régimen subjetivo de falla del servicio servirá para resolver la responsabilidad que se le endilga al médico por las consecuencias que se desprenden del acto médico como tal, por lo tanto, habrá lugar a definir si existió un desconocimiento de la *lex artis* en aquellos supuestos en que la lesión antijurídica tenga su génesis en el diagnóstico, la formulación de la medicación, la implementación de un procedimiento determinado o una intervención quirúrgica. Distinta situación se presenta cuando el daño se materializa en virtud de un acto paramédico o extra médico que se brinden en el servicio de psiquiatría, comoquiera que en esta clase de escenarios el título de imputación se torna objetivo, toda vez que el paciente con enfermedades o patologías de este tipo o naturaleza se constituye en una fuente de riesgo para sí mismo y para los demás, razón por la cual se adoptan una serie de medidas adicionales de protección para salvaguardar su integridad y la de las demás personas. (...) no se pretende desconocer el precedente de la Sala que establece la unidad de la obligación de seguridad -sin que sea posible escindirla con la de vigilancia y custodia, pues se predica de cualquier institución hospitalaria- sino en señalar que debido al estado de riesgo e indefensión en que se encuentra el paciente psiquiátrico frente a su manejo paramédico y extramédico no es relevante determinar si se actuó con diligencia y cuidado, pues lo cierto es que cualquier daño que tenga origen específicamente en el riesgo que se deriva de su patología y que, se concreta en el ámbito paramédico o extramédico de la institución hospitalaria psiquiátrica debe ser imputada bajo la égida del título objetivo mencionado. (...)el riesgo implícito que conlleva el manejo de pacientes psiquiátricos, y la posibilidad de que se generen múltiples eventos adversos -es decir lesiones o afectaciones que no se relacionan con la patología del paciente-es lo que torna la responsabilidad del centro hospitalario en objetiva y, por lo tanto, no es posible que exista exoneración de responsabilidad con la acreditación del haber actuado de manera diligente o cuidadosa, puesto que, la única forma de enervar la obligación es con la acreditación de una causa extraña que impida la imputación fáctica del daño a la administración sanitaria. De allí que, en este tipo de escenarios, bastará a la parte actora demostrar la existencia del daño y su vinculación al riesgo excepcional que va aparejado a la atención paramédica o extramédica de un paciente psiquiátrico, lo que será suficiente para estructurar, *prima facie*, la responsabilidad de la institución psiquiátrica.”

b. Aplicación de la teoría del “riesgo creado”.

Extracto: “la teoría del “*riesgo creado*” resulta aplicable a eventos en los cuales no sólo se somete a una persona a la existencia de un riesgo que desborda la normalidad, como consecuencia del uso de instrumentos o elementos para la prestación de un determinado servicio o actividad (v.gr. instalaciones públicas o de policía, armas de dotación oficial, automotores oficiales, actividades en las que se asume el

control de una fuente de riesgo o peligro, etc.), sino que también puede, eventualmente, configurarse el título objetivo de riesgo, en aquellos eventos en que la administración pública, en desarrollo de una actividad legítima del poder público, crea, libera y no controla la concreción del riesgo en cabeza de un particular, el cual excede los límites de normalidad a los que generalmente se encuentra sometido y, por consiguiente, en el supuesto de que se ocasione un perjuicio, éste es el producto directo del rompimiento de las cargas públicas y, consecuencialmente, del principio de igualdad (artículo 13 C.P.). Si se analiza con detalle el fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas, se tiene que la misma se origina en la concreción de un riesgo derivado de la ejecución de una acción específica o del uso de elementos o instrumentos que llevan envuelta una determinada probabilidad de ocasionar un perjuicio. Lo anterior no quiere significar que esta Corporación patrocine o fomente el uso o el empleo de tratamientos represivos o regresivos frente al paciente psiquiátrico; es inadmisibles que se impongan o se implementen mecanismos terapéuticos que han sido desechados por la ciencia médica en virtud de la invasión y grave limitación que suponen para los derechos fundamentales del paciente.”

NOTA DE RELATORIA: En esta providencia se realizó un estudio sobre la finalidad del régimen objetivo de responsabilidad, sus aspectos; la protección del paciente psiquiátrico y las medidas terapéuticas aplicables; la liquidación de perjuicios morales y materiales.

SENTENCIA DE OCTUBRE 24 DE 2013. EXP. 05001-23-25-000-1996-00517-01(21735) M.P. ENRIQUE GIL BOTERO. MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

5.a. No todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas tienen que resolverse de la misma forma.

Síntesis del caso: El 8 de noviembre de 1997, aproximadamente a las 2:00 a.m., Dayci Milena Moreno Rengifo -conductora- y Mónica Patricia Fuentes Henao -pasajera-, sufrieron un accidente de tránsito mientras se transportaban en una motocicleta identificada con placas n.º ABH 12A, por la avenida 19 de la ciudad de Villavicencio -vía ubicada en una zona urbana del referido municipio-, el cual consistió en su colisión con la base de un puente peatonal ubicado en el terreno del separador izquierdo que independiza la calzada por la que se movilizaban. Como consecuencia del siniestro en mención, Dayci Milena sufrió graves heridas en su cavidad craneana que conllevaron a su defunción. Al momento de ocurrencia de los hechos, la occisa, quien conducía la moto, se encontraba en estado de embriaguez, no portaba casco y, la calzada presentaba una iluminación deficiente.

Extracto: “Se encuentra debidamente acreditada la existencia del **daño** aducido por la parte demandante, consistente en la muerte de Dayci Milena Moreno Rengifo el 8 de noviembre de 1997, como consecuencia de un choque neurogénico ocasionado por una laceración cerebral causada al haber colisionado con un cimiento de un puente peatonal, mientras conducía una motocicleta de placas n.º ABH 12A, en una vía dentro de una zona urbana del municipio de Villavicencio -ver párrafos 8.1 y 8.2 con sus respectivas notas-. En cuanto a la **imputabilidad** del daño a la administración, es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación: (...) el juez puede -en cada caso concreto- válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente.”

b. Para que se configure la responsabilidad, de la entidad encargada del mantenimiento de las vías, es necesario que ésta conozca, con anterioridad, de la situación generadora del peligro

A pesar de que no se pierde de vista que para la fecha del accidente, la señalización, conservación y mantenimiento de la calzada en que éste ocurrió se encontraba a cargo del municipio de Villavicencio, de

conformidad con lo dispuesto por la Ley 105 de 1993 y el Decreto Ley 1344 de 1970 - normas que se encontraban vigentes para la época de los hechos y por consiguiente, plenamente aplicables al caso concreto - , por tratarse de una vía urbana comprendida dentro del perímetro y la red vial municipal - ver párrafos 8.1 y 8.3 con sus respectivas notas -, también es cierto que para que se configure la señalada responsabilidad del aducido ente territorial, se requiere que como responsable de dichos deberes conociera de la situación generadora de peligro - en este caso, la caída del árbol - y no hubiera obrado de manera consecuente con sus obligaciones, retirando el obstáculo o instalando la señalización adecuada para que las personas que transitaban la vía conocieran del riesgo y pudieran evitar el acaecimiento del hecho dañoso.

NOTA DE RELATORIA: En esta providencia se analizó la validez de los medios de prueba y se decidió que no se demostró la configuración de una falla del servicio por parte de la entidad demandada en cuanto a los deberes de conservación y señalización de la vía en que ocurrió el accidente de tránsito -a pesar de que se probó una deficiente prestación en el servicio de alumbrado-, así como tampoco la incidencia que tuvo en el accidente el árbol que invadía el carril izquierdo de la misma, sino que por el contrario, el daño fue producto de un hecho exclusivo de la víctima.

SENTENCIA DE JUNIO 19 DE 2013. EXP. 50001-23-31-000-1999-00350-01(24682). M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH. MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

* Aclaración de voto de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo

Configuración de la responsabilidad de la administración: No se requiere que la entidad encargada del mantenimiento de las vías conozca de la situación generadora del peligro

Extracto: “En lo que hace referencia a las vías y carreteras cuya administración se encuentra en cabeza de las autoridades territoriales, por tratarse de vías urbanas, suburbanas y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre (de acuerdo con la participación que tengan los municipios en las sociedades portuarias y aeroportuarias) en la medida que sean de su propiedad o cuando estos le sean transferidos, la Ley 105 de 1993 consagró obligaciones específicas, respecto del diseño de infraestructura y específicamente en lo que refiere a la planeación e identificación de prioridades en las mismas. (...) tanto la Constitución como la ley exigen de parte de los municipios una especial labor de vigilancia y cuidado respecto de las vías que le obligan bien por ser de su propiedad o por haberlas recibido para su administración, pues es una carga que debe soportarse para garantizar que efectivamente en un Estado Social de Derecho como el nuestro (...) No puede, entonces, como parece desprenderse de la motivación que me aparto, pretender que la responsabilidad de la entidad encargada del mantenimiento de la vía penda de que se demuestre su conocimiento previo, porque las obligaciones constitucionales y legales referidas en precedencia, imponen a las entidades del Estado un proceder activo, vigilante y constante que le permita tener el control de todas sus obligaciones para proceder como oportunamente corresponda.”

6. El rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la administración, la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada.

Síntesis del caso: El señor Carlos Mario Hincapié formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU, con el fin de que se declarara la nulidad de la resolución 0591 del 21 de mayo de 1999, proferida por esa entidad, mediante la cual se adjudicó la licitación pública IDU-LP-DTC-024-1999 a la Unión Temporal Chávez Pulido; cuyo objeto era la construcción de la ampliación de la calle 72 entre carreras séptima y quinta de Bogotá, y como consecuencia de ello, deprecó que se calificara correctamente su propuesta y se le adjudicara la licitación.

Extracto: “la objetividad en la selección impone que la descalificación de las ofertas provenga únicamente de la ponderación de los resultados derivados de un riguroso proceso de evaluación,

plenamente ajustado a la ley y al pliego de condiciones, cuyos resultados, además de ser conocidos por cada proponente -en cumplimiento de los principios de publicidad y de transparencia- también sean conocidos por sus competidores con el propósito de controvertirlos. (...) el balance general y la declaración de renta se requerían para hacer la verificación de las partidas allí consignadas y, luego a ello, con fundamento en el balance general, determinar la capacidad económica del proponente. De otra parte, la conciliación de renta fiscal solo se requería en el evento en que existiera diferencia entre las partidas del balance general y la declaración de renta. Es decir, tales documentos no eran objeto de evaluación, al punto que en ninguna parte del pliego se les asigna un puntaje, sino de verificación. Ello reviste gran importancia, porque, al no asignárseles puntaje alguno, no se puede entender que con ellos se mejorara la propuesta, ni que fueran necesarios para la comparación de las mismas. (...) la exigencia de aportar la conciliación de renta fiscal, que tenía por objeto verificar la consistencia entre el balance general y la declaración de renta, era por completo innecesaria, pues la diferencia que pudiera haber existido fue aclarada con la declaración de renta corregida y, en consecuencia, no era viable descalificar la propuesta por falta de tal conciliación, máxime que la misma resultaba inane para la comparación y evaluación de las ofertas.”

NOTA DE RELATORIA: Para adoptar la decisión la Sala se pronunció acerca del valor probatorio de las copias simples y si la sociedad contratista debió ser la adjudicataria del contrato de obra pública por presentar la mejor propuesta; la tasación del perjuicio material y la procedencia de la condena en abstracto por falencia probatoria.

SENTENCIA DE NOVIEMBRE 21 DE 2013. EXP. 25000-23-26-000-1999-01850-01(25397). M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

7. El término de caducidad para la acción de reparación directa por desaparición forzada, debe contarse a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal.

Síntesis del caso: En ejercicio de la acción de reparación directa en contra del Ministerio de Defensa Ejército, se presentó demanda por la desaparición de joven el 9 de julio de 2007 en Armenia. Los familiares de la víctima el día 12 de julio del mismo año se enteraron que lo habían encontrado muerto bajo la denominación de falsos positivos, según informaciones en el diario de la ciudad. Como consecuencia de estos hechos el Juzgado 55 de Instrucción Penal Militar con sede en el Batallón San Mateo ubicado en Pereira dio apertura a un proceso por homicidio en combate. El Tribunal Administrativo de Risaralda que conoció en primera instancia la acción contenciosa rechazó la demanda, por considerar que la misma se interpuso vencido el término de caducidad. Esta Corporación al conocer del recurso de alzada contra el auto que rechazó la demanda decidió confirmarlo por considerar que conforme las previsiones del artículo 136 inciso 2 numeral 8 del Código Contencioso Administrativo adicionado por el artículo 7 de la Ley 589 de 2000, para la contabilización del término de los dos años de caducidad por desaparición forzada, se contarán a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal.

Extracto: “La ley consagró entonces un término de dos (2) años, contados desde el día siguiente al acaecimiento del hecho u omisión que da lugar al daño por el cual se demanda la indemnización, para intentar la acción de reparación directa, período que, una vez vencido, impide solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, por configurarse el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción. (...) se desprenden los siguientes eventos para la contabilización de los dos (2) años de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, a saber: i) se contarán a partir de la fecha en que aparezca la víctima; o en su defecto, ii) desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal. Adicionalmente, se estableció que los anteriores eventos no constituyen óbice para que la correspondiente acción de reparación directa pudiera intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición forzada (...) Al descender al caso concreto se tiene que el día 9 de julio de 2007, aproximadamente a las 5:30 P.M., el joven Edwin Alexander Moncaleano Hernández fue convidado por un supuesto soldado profesional, apodado con el alias

de “Tarzán”, a cobrar un dinero en la ciudad de Pereira (Risaralda), en compañía de otros dos (2) jóvenes. Tres (3) días después de la desaparición de los jóvenes, esto es el día 12 de julio de 2007, los familiares de Edwin Alexander Moncaleano Hernández se enteraron, a través de información suministrada por la Fiscalía General de la Nación, del fallecimiento del mencionado señor junto con otras dos personas. En tal orden de ideas, el término de caducidad de la acción de reparación directa transcurrió desde el 13 de julio de 2007 hasta el 13 de julio de 2009. No obstante lo anterior, como el día 23 de abril de 2009 la parte actora solicitó audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 23 Judicial II para Asuntos Administrativos de Cúcuta, en esa fecha operó la suspensión del término de caducidad de la acción de reparación directa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 del Decreto 1716 de 2009 y 21 de la Ley 640 de 2000, término que reanudó el día 18 de junio de 2009, fecha en la cual se expidió constancia de audiencia fallida. (...) el referido término se suspendió durante 57 días, por consiguiente se deben adicionar éstos a los días que faltaban para que caducara la acción, esto es 25 días, contabilizando 82 días desde el 19 de junio de 2009 -día hábil siguiente a la expedición de la certificación de la audiencia fallida de conciliación- hasta el 8 de septiembre de 2009, fecha en la cual finalizó el mencionado término de los dos (2) años. Dado que la referida demanda de reparación directa se interpuso el 4 de mayo de 2011, se impone concluir entonces que respecto de la acción invocada en el presente caso operó el fenómeno jurídico de caducidad, comoquiera que el día 8 de septiembre de 2009 venció el término de que trata el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., para presentar la acción de reparación directa.

AUTO DE 28 DE AGOSTO DE 2013, EXP. 66001-23-31-000-2011-00138-01(41706) M.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

NOTA DE RELATORIA: Los Doctores Stella Conto Díaz del Castillo, Danilo Rojas Betancourth, Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Ramiro Pazos Guerrero salvaron su voto. El Doctor Enrique Gil Botero lo aclaró

SECCIÓN CUARTA

1. Las remuneraciones percibidas por las cooperativas de trabajo asociado por los servicios que prestan, a través de sus asociados, no están exentas del impuesto sobre las ventas.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los actos por los que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre las ventas del 4° bimestre de 2003 que presentó la Cooperativa de Trabajo Asociado de Colombia “Amiga”, en el sentido de adicionar ingresos gravados e imponer sanción por inexactitud. La Sala revocó la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, en su lugar, negó la nulidad solicitada, en cuanto concluyó que no era válido el tratamiento de ingresos laborales que la actora le dio a los ingresos por compensación ordinaria para terceros que percibió, con el argumento de que los obtuvo en actividades similares a las ejecutadas por las empresas de servicios temporales, dado que, en realidad, tales ingresos correspondieron a la remuneración por el servicio que la cooperativa prestó a empresas contratistas, a través de sus asociados, servicio que difiere del ejecutado por las referidas empresas y que, según la ley, no está excluido del impuesto sobre las ventas.

Extracto: “La modificación que hizo la Administración de Impuestos corresponde a los ingresos de la cooperativa demandante por el servicio de “Compensación Ordinaria para Terceros”, representados en las facturas FV-13237 a FV-13870, que fueron excluidos por la sociedad actora, por considerar que estos ingresos no estaban gravados con el impuesto sobre las ventas, toda vez que fueron obtenidos mediante una actividad similar a la que desarrollan las empresas de servicios temporales. La DIAN, por su parte, estimó que los ingresos que obtuvo la demandante por el servicio de compensación ordinaria para terceros, están gravados con el impuesto sobre las ventas, con la tarifa general del 16%, pues la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE COLOMBIA AMIGA no comprobó su constitución como empresa de servicios temporales, y porque los servicios prestados correspondieron a la ejecución de labores desarrolladas a empresas contratistas, las que difieren de las ejecutadas por las empresas de servicios

temporales. Asimismo, señaló que la naturaleza de las cooperativas de trabajo asociado difiere de la de las empresas de servicios temporales, ya que la cooperativa vincula el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, en tanto que la actividad de intermediación de empleo debe hacerse mediante una persona jurídica que se constituye únicamente para tal fin. De acuerdo con el criterio jurisprudencial antes referido, para la Sala no es de recibo el tratamiento que la parte actora le dio a los ingresos por compensación ordinaria para terceros, al asimilarlos como ingresos laborales, ya que, en realidad, éstos correspondieron a la remuneración por el servicio prestado por la cooperativa a través de sus asociados; servicio que, de acuerdo con la ley, no está excluido del impuesto sobre las ventas”.

SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 76001-23-31-000-2007-01338-01 (18442), M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2. La Sala reitera que, para periodos anteriores al 2007, la base gravable del IVA para los servicios temporales de empleo prestados por las cooperativas de trabajo asociado es el componente AIU (administración, imprevistos y utilidades) a una tarifa del 16%.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los actos por los que la DIAN modificó las declaraciones del IVA que la Cooperativa de Trabajo Asociado y Servicios Varios - Contraserivi presentó por los bimestres 4 a 6 de 2005 y 1 a 6 de 2006, para tomar como base gravable del servicio de suministro de personal el valor total de la operación y no la parte correspondiente al AIU. La Sala confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo del Quindío que anuló dichos actos, para lo cual reiteró que conforme con el art. 102-3 del E.T., para determinar la base gravable del IVA por tal servicio, durante los periodos en discusión, se toma el componente AIU (administración, imprevistos y utilidades) a la tarifa general del 16%, esto es, la diferencia entre el valor total del servicio y las compensaciones de los asociados, de modo que concluyó que no había lugar a la modificación de las declaraciones privadas que efectuó la DIAN.

Extracto: “[...] para determinar la base gravable de IVA por los servicios prestados por la actora durante los períodos en discusión debe precisarse si se aplica el artículo 447 E.T., conforme con el cual en la venta y prestación de servicios, la base gravable de IVA es el valor total de la operación, o el artículo 102-3 E.T, adicionado por el artículo 53 de la Ley 863 de 2003, según el cual la base gravable por los servicios que prestan las cooperativas de trabajo asociado es el valor del AIU, esto es, la diferencia entre el valor total del servicio y el monto de las compensaciones que pertenecen a los asociados. En sentencia de 27 de septiembre de 2012, exp 18520, que ahora se reitera, la Sala concluyó que la norma aplicable es el artículo 102-3 del Estatuto Tributario, para lo cual hizo el siguiente análisis: [...] la Sala observa que el artículo 102-3 E.T. es norma aplicable en materia del IVA para los servicios que en general prestan las CTA y dado que es una disposición posterior y especial para la materia objeto de regulación, prevalece respecto del artículo 447 E.T., para efectos de la base gravable de los servicios que presten las Cooperativas, para periodos anteriores al 2007, pues a partir de este año, en virtud de la Ley 1111 de 2006, se estableció una base gravable y tarifa específicas para las CTA [...]. Comoquiera que en el caso en estudio la base gravable de IVA debía determinarse con fundamento en el artículo 102-3 del Estatuto Tributario, esto es, sobre el componente AIU (administración, imprevistos y utilidad) a la tarifa general del 16%, no era procedente la modificación oficial de las declaraciones para tomar como base gravable el valor total de la operación, en los términos del artículo 447 del Estatuto Tributario”.

SENTENCIA DE 28 DE AGOSTO DE 2013. EXP. 63001-23-31-000-2009-00129-01 (19709) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3. La Sección reasume la competencia para conocer de la acción de nulidad contra los arts. 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008, en orden a determinar si los giros que los refinadores e importadores deben hacer al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (FEPC), cuando su posición neta trimestral es negativa, son de naturaleza tributaria y si esa imposición la incluyó o no la Ley 1151 de 2007, que creó dicho fondo.

Síntesis del caso: *Al resolver el recurso de súplica que interpuso Camilo Araque Blanco contra el auto por el cual, previa conversación con el Presidente de la Sección Primera de la Corporación, se había enviado a esa Sección el proceso en el que se tramita la acción de nulidad que el mismo promovió contra los arts. 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008, la Sala lo revocó y, en su lugar, dispuso que el expediente se devolviera al despacho sustanciador para que continuara su trámite. Señaló que aunque del texto de dichas normas no surge a primera vista que se refieran a temas relacionados directa y expresamente con un impuesto o una contribución fiscal o parafiscal lo que, en principio, haría que la competencia se radicara en la Sección Primera, lo cierto es que los pagos a que se refiere el art. 9º acusado se asimilan a las concesiones de estabilización que se pagan a los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros que, según el parágrafo 2º del art. 38 de la Ley 101 de 1993, son contribuciones parafiscales. Así, consideró que corresponde a la Sección Cuarta establecer si los giros que deben hacer los refinadores e importadores al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (FEPC), cuando su posición neta trimestral es negativa, tienen o no carácter tributario y si esa imposición la incluyó o no la Ley 1151 de 2007, que creó ese fondo.*

Extracto: “La parte actora en ejercicio de la acción de simple nulidad demanda los artículos 3, 7 y 9 del Decreto Reglamentario 4839 de 2008, “por el cual se reglamenta el artículo 69 de la ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Gobierno Nacional [...] se desprende claramente que lo que pretende el demandante es demostrar que el Presidente de la República se extralimitó en sus funciones al incluir como fuente de financiación del Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (en adelante FEPC) los giros que efectúan los refinadores e importadores de combustible teniendo en cuenta la posición neta trimestral, a pesar de que, a su juicio, la norma que creó el FEPC [art. 69 L. 1151/07¹] no lo contempló. Considera además que se está imponiendo un tributo. Corresponde en este caso determinar si el tema discutido debe ser conocido por esta Sección o por la Sección Primera de esta Corporación. Para el efecto, se observa que al revisar el texto de las normas acusadas no se extraen a primera vista temas que estén relacionados de manera directa y expresa con un impuesto, una contribución fiscal o parafiscal lo que impone, en principio, la competencia en la Sección Primera. No obstante, debe tenerse en cuenta que los pagos a los que se refiere el artículo 9º del Decreto demandado se asimilan a las concesiones de estabilización que se pagan a los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, entre otros. El artículo 36 de la Ley 101 de 1993 creó los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, que se nutren con las llamadas cesiones de estabilización que los productores, vendedores o exportadores hagan. Según el parágrafo 2º del artículo 38 de la citada ley, esas cesiones son contribuciones parafiscales [...] De lo transcrito podría inferirse, en principio, que en este caso los giros que los refinadores e importadores de combustibles realizan a favor del FEPC tienen cierta similitud con las cesiones de estabilización que deben hacer los productores, vendedores o exportadores de productos agropecuarios y pesqueros. Por lo expuesto, la Sección Cuarta de esta Corporación es la competente para continuar conociendo de la acción de simple nulidad promovida y será al momento de dictar sentencia que se determine si los giros que deben hacer los refinadores e importadores al FEPC, cuando su posición neta trimestral es negativa, son de naturaleza tributaria y si, en efecto, como lo estima el demandante, esa imposición no la incluyó la ley que creó el fondo [...]”.

AUTO DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 11001-03-27-000-2009-00018-00 (17649), M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

4. A partir de la inexecutable del art. 8 de la Ley 818 de 2003 (27 de abril de 2004) procedía descontar del impuesto sobre las ventas el IVA pagado en la adquisición o importación de maquinaria industrial por el sistema de leasing, sin perjuicio del tipo de leasing pactado ni de la modalidad de la importación, dado que se aplicaba el art. 485-2 del E.T., que no establece condicionamiento alguno.

¹ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los actos administrativos por los que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre las ventas que Consorcio Minero Unido S.A. presentó por el 4° bimestre de 2005, en el sentido de negarle como descutable el IVA que pagó en la importación de maquinaria industrial, en modalidad de leasing, de un lado, porque no figuraba como propietaria de la misma y, de otro, en razón de la inexecutable del art. 8 de la Ley 818 de 2003, que permitía el descuento. La Sala confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que anuló dichos actos, dado que concluyó que, a partir del 27 de abril de 2004, cuando se declaró inexecutable la mencionada norma, para tener derecho a descontar del impuesto sobre las ventas el IVA pagado en la adquisición o importación de maquinaria industrial por el sistema de leasing, no se requería que en el contrato se pactara la opción irrevocable de compra a favor del locatario ni que la importación se efectuara bajo una modalidad específica, como lo sostuvo la DIAN en los actos acusados, toda vez que al caso se aplicaba el art. 485-2 del E.T., que no establece condicionamiento alguno.

Extracto: “Advierte la Sala que el texto del artículo 485-2 del Estatuto Tributario no contiene limitación alguna en cuanto a la forma de adquisición de la maquinaria, para efectos de tener derecho al descuento del IVA pagado, pues solo estableció que éste procedía por la adquisición o importación de maquinaria industrial. Así pues, el factor a tener en cuenta para la procedencia del beneficio del descuento del IVA, es la adquisición de maquinaria, independientemente de que esta se encuentre en el exterior y de la modalidad de importación que se requiera para introducirla en el territorio nacional. En ese contexto, la inexecutable del artículo 8° de la Ley 818 de 2003 no afectó el tratamiento que la sociedad actora aplicó al IVA pagado en la adquisición de maquinaria industrial, por medio del sistema de arrendamiento financiero (leasing), en la declaración del impuesto sobre las ventas correspondiente al cuarto (4°) bimestre de 2005, pues para esa época (julio - agosto) la norma que se encontraba vigente era el artículo 485-2 del Estatuto Tributario, disposición que no contenía condicionamiento alguno para descontarlo. Por lo tanto, la única razón esgrimida por la DIAN en los actos administrativos demandados, carece de sustento legal en la medida en que el descuento del IVA pagado en la adquisición o importación de maquinaria industrial, procedía sin que para el efecto interesaran, ni el sistema de leasing utilizado ni tampoco la modalidad de importación”.

SENTENCIA DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 25000-23-27-000-2009-00081-01(19061), M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

5. Los actos de ejecución son susceptibles de control judicial siempre que excedan, parcial o totalmente, lo dispuesto en la sentencia o en el acto administrativo ejecutado, de modo que creen, modifiquen o extingan una situación jurídica diferente.

Síntesis del caso: *Así lo señaló la Sala al confirmar el auto de 2 de mayo de 2013, por el que el Tribunal Administrativo de Santander rechazó la demanda que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. instauró contra la Resolución 0692 de 2012, por la que el Alcalde de Bucaramanga dio cumplimiento a una sentencia proferida por dicho tribunal. La Sala reiteró que los actos de ejecución de decisiones judiciales o administrativas están excluidos del control de legalidad de esta jurisdicción, en la medida en que no deciden en forma definitiva una actuación, sino que materializan o ejecutan dichas decisiones. Preciso que, no obstante, tales actos sí son susceptibles de control cuando exceden, en forma total o parcial, lo ordenado en la sentencia o en el acto administrativo que ejecutan, de modo que creen, modifiquen o extingan una situación jurídica diferente, supuesto en el que no encuadraba la resolución demandada.*

Extracto: “Sea lo primero advertir que son actos definitivos, susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 43 de la Ley 1437, “los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”. Así pues, un acto administrativo subjetivo o acto definitivo particular, es una declaración de voluntad dirigida al ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos, es decir que crea, reconoce, modifica o extingue situaciones jurídicas, mientras que los actos de ejecución se limitan a

dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa², sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado. De acuerdo con lo anterior, únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo o los actos que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que, dicho de otra manera, significa que “los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional se encuentran excluidos de dicho control, toda vez que a través de ellos no se decide definitivamente una actuación, pues sólo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones”. No obstante, esta Corporación ha admitido que si el supuesto “acto de ejecución” excede, parcial o totalmente, lo dispuesto en la sentencia o en el acto administrativo ejecutado, es procedente ejercer el medio de control de nulidad y de restablecimiento, al haberse creado, modificado o extinguido una situación jurídica diferente y, por ende, al haberse generado un verdadero acto administrativo susceptible del control de legalidad, circunstancia que no ocurre en el caso concreto [...]”.

AUTO DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2013. EXPEDIENTE 68001-23-33-000-2013-00296-01(20212) C.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

* Con aclaración de voto de la Consejera Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

SECCIÓN QUINTA

1. La Sala declara probada excepción propuesta por el Ministerio Público de falta de integración del petitum.

Síntesis del caso: *En ejercicio de la acción pública de nulidad electoral el señor Iván Díaz Tamayo solicitó que se anule el acto que declaró la elección efectuada y expedida por la comisión escrutadora distrital de la Registraduría Distrital de Bogotá de fecha 26 de noviembre de 2011, “Por medio del cual se declara la elección de los Ediles de la Junta Administradora Local de la Localidad de Suba del Distrito Capital de Bogotá D.C., para el periodo 2012-2015.*

Extracto:” (...) La Sala precisa que en virtud de la preclusividad del procedimiento electoral no resulta viable, para las elecciones de Juntas Administradoras Locales, presentar por primera vez la reclamación ante la Comisión Escrutadora Distrital ni impugnar la legalidad de la decisión de rechazo ante esta jurisdicción por incompetencia en sede administrativa. Así, al decidir la Comisión Escrutadora Distrital de Bogotá D.C., en el multicitado auto 030, “que no resulta procedente el estudio de las reclamaciones y solicitudes elevadas” en razón a la extemporaneidad con que el accionante presentó, con el propósito de agotar el requisito de procedibilidad, en sede administrativa electoral la “reclamación” referente a todos los reproches con los que estructura la demanda de la referencia, creó una decisión administrativa, que se reitera, el actor debió demandarla junto con el acto que declaró la elección de los Ediles de la Localidad de Suba Zona 11 de Distrito Capital, a fin de solicitar dicha nulidad electoral puesto que haber establecido la citada autoridad electoral que no era competente para abordar dicho trámite, hace necesario que la proposición jurídica que sea sometida al control de constitucionalidad y legalidad ante el juez contencioso electoral, contenga los dos actos administrativos indicados. Así, sería improcedente practicar tal examen de legalidad y constitucionalidad al acto que declara la elección cuestionada, sin la decisión de la autoridad administrativa electoral, porque la presunción de legalidad, que emana del principio de legalidad, abriga por igual a los dos actos. Por tanto, como la decisión administrativa es una sola, la decisión judicial debe recaer sobre su integridad, y no sobre una parte, porque esa hipótesis, además de ser contraria a derecho, podría conducir a serios inconvenientes a la hora de hacer efectivos los fallos

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, providencia del 30 de marzo de 2006, Radicación número: 25000-23-27-000-2005-01131-01(15784). Ver también sentencias del 15 de noviembre de 1996, exp. 7875, C.P. Consuelo Sarriá Olcos, del 9 de agosto de 1991, exp. 5934 C.P. Julio Cesar Uribe Acosta y del 14 de septiembre de 2000, exp. 6314 C.P. Juan Alberto Polo.

judiciales. La consecuencia que apareja la omisión que se ha venido examinando por la Sala, que está vinculada a la aptitud formal de la demanda, toda vez que el artículo 138 del C.C.A., se integra a uno de los elementos fundamentales de ese libelo como es “lo que se demanda” (Art. 137.2 *Ibidem*), es que el operador jurídico no pueda emitir fallo de fondo sobre el acto demandado, pues como se dijo, para ello se requiere que el accionante extienda la pretensión anulatoria a la decisión o decisiones que la autoridad electoral haya expedido en el ejercicio del trámite administrativo electoral. De otro lado, si bien el actor en las pretensiones de la demanda estimó que “son nulos de pleno derecho todos los actos administrativos inmersos en el acto que se demanda”, éste no demandó el Auto 030 de 2011 expedido por la Comisión Escrutadora Distrital pues el único auto acusado fue el que declaró la elección de los Ediles de la Localidad de Suba Zona 11 de Distrito Capital para el período 2012 - 2015, lo que permite concluir que no integró en debida forma el petitum de la demanda. Por lo expuesto, advierte la Sala que la excepción de inepta demanda por falta de integración del petitum está llamada a prosperar en razón a que el actor no incorporó en la misma, como acto acusado conjuntamente con el que declaró la elección, el Auto 030 de 2011 expedido por la Comisión Escrutadora Distrital.”

SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2013, EXP. 25000233100020120005202 M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA

2. Se niega la nulidad de la elección del señor Luis Manuel Medina Toro como Director General de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira.

Síntesis del caso: Así lo determinó la Sala al estudiar la demanda de nulidad contra la elección de Luis Manuel Medina Toro como director general de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira contenido en el Acuerdo 015 del 28 de Junio del 2012, por haber sido elegido con un voto espurio e ilegítimo.

Extracto:“(…) para la Sala resaltar que los razonamientos de la parte actora no pueden ser analizados en la medida en que constituyen argumentos que en definitiva apuntan a cuestionar la legalidad del acto por el cual la señora Johanis Mejía Mendoza fue elegida Representante de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras ante el Consejo Directivo de CORPOGUAJIRA y, por ende, escapan al objeto de la presente acción con la cual se censura el acto administrativo con el que fue elegido el señor Luis Manuel Medina Toro como Director General de esa entidad para el período 2012-2015. Adicionalmente, resulta fundamental destacar que el acto definitivo y de innegable naturaleza electoral, por el cual la señora Johanis Mejía Mendoza fue elegida Representante de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras ante el Consejo Directivo de CORPOGUAJIRA, no es simultáneamente un acto previo frente a la elección acusada, en la medida en que tampoco hace parte de actuaciones sucesivas que deban cumplirse para expedir el acto de elección del Director General de esa Corporación. (...) La elección de la señora Johanis Mejía Mendoza ocurrió el 14 de octubre de 2011, se presume legal y, además, la acción electoral que pudiera caberle podría ser rechazada actualmente por caducidad. En este orden de ideas, para la Sala el cargo resulta impróspero, en atención a que la ilegalidad del acto de elección del señor Luis Manuel Medina Toro la hacen derivar los demandantes de la presunta ilegalidad de la elección de la Representante de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, ante el Consejo Directivo de CORPOGUAJIRA, como miembro del Consejo Directivo de CORPOGUAJIRA, que según se vio no puede abordarse en este proceso.”

SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 2013, EXP. 11001032800020120004900-0004700-00048 (ACUMULADOS) M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

3. Se confirma auto dictado en audiencia inicial, por medio del cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se terminó el proceso.

Síntesis del caso: Así lo determinó la Sala al estudiar el recurso de apelación contra auto dictado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la Audiencia Inicial realizada el 26 de agosto de 2013, por medio del cual se acogió la excepción de caducidad de la acción y se terminó

el proceso de Nulidad Electoral, adelantado por el señor Andrés Felipe Cárdenas Materón contra la elección de la señora Beatriz Eugenia Jiménez González como Personera del Municipio de Tuluá.

Extracto: “(...) La Sala, al igual que lo advirtió el Tribunal a-quo en la audiencia inicial, observa que con la demanda se pretende la nulidad de un acto electoral, concretamente el acto expedido por el Concejo Municipal de Tuluá para designar como Personera a la señora Beatriz Eugenia Jiménez González. Tanto bajo la vigencia del Código Contencioso Administrativo como actualmente bajo el régimen del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los actos electorales han sido considerados como actos de naturaleza especial, distintos de los actos de contenido particular y concreto cuyo enjuiciamiento puede surtirse bajo los cauces del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho, e igualmente diferentes de los actos de carácter general que pueden juzgarse por la senda del proceso de nulidad simple. Por lo mismo, el control de legalidad que puede adelantarse sobre los actos electorales no es viable hacerlo bajo ninguna de esas modalidades del proceso ordinario. Para ello el Código Contencioso Administrativo tenía previsto el proceso electoral, regulado en los artículos 223 y ss. Actualmente, desde el 2 de julio de 2012, rige el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que también dedicó un procedimiento especial para enjuiciar los actos de elección o de nombramiento, caracterizado en el artículo 139 y desarrollado en los artículos 275 y ss. Así, fue decisión del legislador que los actos electorales se sometieran a control de legalidad por un procedimiento especial, que hoy en día -y antes como se vio-, excluye la posibilidad de acudir a la acción de simple nulidad para practicar ese juicio. Por tanto, no se acoge la tesis del actor, para quien resulta aplicable el artículo 137.1 del CPACA, según el cual excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos particulares “Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero(...) la acción promovida por el señor Andrés Felipe Cárdenas Materón quedó sujeta al término de caducidad consagrado en el artículo 164 numeral 2° literal a). Según la norma anterior, el medio de control de nulidad electoral actualmente tiene un término de caducidad de 30 días, que para el sub lite se cuenta a partir del día siguiente a la fecha en que se llevó a cabo la sesión en la que tuvo lugar la elección acusada. Así, como la elección de la señora Beatriz Eugenia Jiménez González, como Personera del Municipio de Tuluá, se realizó en la sesión ordinaria del concejo municipal surtida el 10 de enero de 2012, la demanda de nulidad en su contra solamente podía impetrarse oportunamente hasta el 21 de febrero del mismo año, Sin embargo, como la demanda se radicó hasta el 15 de noviembre de esa anualidad, no hay duda que para ese día la acción ya había caducado, lo cual lleva a reiterar que el auto apelado está ajustado a derecho.”

AUTO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2013, EXP. 76001233300020120046901 M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO

4. Se confirma sentencia que negó la nulidad de la elección de la señora Andrea Esther Castro Latorre como alcaldesa local de Fontibón.

Síntesis del caso: *Así lo determino la Sala al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 9 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda por considerar que el Decreto Distrital 084 de 2012 no se había violado al señalar que el mismo no se aplicaba en el asunto en estudio.*

Extracto:“(…) La inconformidad de la apelante radica en señalar que los ediles que participaron en las sesiones donde se conformó la terna con los nombres de Orlando Blanco Zúñiga, Edgardo Andrés Maldonado y Johanna Paola Bocanegra Olaya, votaron dos veces y por dos candidatos diferentes al incluir a Andrea Esther Castro Latorre en reemplazo de la mujer que se había ternado. La Sala no comparte lo expuesto por la apelante porque, como se indicó en otro acápite, la Junta Administradora Local, entendida como Corporación, le correspondía decidir si aceptaba la renuncia presentada por la candidata Bocanegra Olaya, y quien la reemplazaría, observando para el efecto las regulaciones respectivas, es decir, la forma en que el proceso, en especial, la ley de cuotas obligaba a tener a otra mujer, pues los otros dos candidatos eran hombres. No se puede aceptar, como lo pretende la recurrente, que solo los

ediles que en su momento votaron por Bocanegra Olaya o se abstuvieron de emitir su voto fueran los llamados a elegir su reemplazo, porque ello, como se señaló en líneas previas, implicaría que: La Junta Administradora Local en su condición de Corporación no adoptara la decisión de reconfigurar la terna. Se violaría el quórum y mayorías establecidos, para deliberar como para decidir, ya que de los nueve (9) ediles que conforman la Junta Administradora Local, los cuales se encontraban en la sesión de 25 de enero de 2013, solo tres (3) podrían haber votado no configurándose así el quórum decisorio que debe estar formado por la mayoría de los integrantes, es decir, 5 ediles, ni se podrían haber alcanzado los votos que se requieren para adoptar una decisión, cual es la mayoría de los asistentes, que para el caso igualmente eran 5 ediles. Lo anterior de conformidad con el Acuerdo Local 011 de 2001 que contiene el reglamento interno de la JAL de Fontibón. Se trasgrediría la condición secreta que este tipo de votaciones, como se indicó anteriormente, lo que violaría la libertad de elegir que tiene cada uno de los miembros de la Junta Administradora Local. Por otra parte, y en razón que fue la mujer ternada la que renunció a la candidatura, la JAL de Fontibón, en cumplimiento de una norma de orden superior - Ley 581 de 2000-, no tenía otra opción que proceder a reemplazarla con otra mujer que hubiere superado el proceso público de selección, y por tanto, debía votar, en caso de haber dos o más, cuál de ellas ocuparía dicho lugar. En el caso que nos ocupa, y como se desprende del Acta 050 de 11 de marzo de 2012 las dos únicas mujeres que superaron el proceso de selección fueron Johanna Paola Bocanegra Olaya y Andrea Esther Castro Latorre, y de no haberse elegido a esta última en su reemplazo, se hubiese contrariado la ley de cuotas. La Sala encuentra que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B" sí señaló, de forma muy concreta, el porqué no se había violado el Decreto Distrital 084 de 2012, indicando que el mismo no se aplicaba en el asunto en estudio en razón a que la terna no debía recomponerse o reconfigurarse ya que los otros dos candidatos efectivamente continuaban, y para cumplir con la Ley 581 de 2000 solo debía ser reemplazada la mujer que se retiró de la contienda."

SENTENCIA DE 4 DICIEMBRE DE 2013, EXP. 25000234100020130049001 M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO (E).

* Con aclaración de voto del Dr. Alberto Yepes Barreiro

SALA DE CONSULTA

1. Al Presidente de la República desde el momento en que anuncie formalmente su aspiración a presentarse como candidato a las elecciones presidenciales, seis meses antes de la fecha prevista para la realización de las votaciones en primera vuelta, le está vedado hacer proselitismo político con excepción de lo previsto en el artículo 6° de la ley 996 de 2005.

Síntesis del caso: El Presidente de la República, aun cuando aspire a su reelección inmediata, continúa siendo Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa de Colombia, razón por la cual no puede abstenerse de cumplir las funciones que le asignan la Constitución y las leyes, entre las cuales están las de mantener informados a los ciudadanos sobre el desarrollo de las ejecutorias y políticas del Gobierno, dar cuenta de ellas, explicarlas, defenderlas y justificarlas, en ejercicio de la representación nacional y política propias de la función presidencial. De otra parte, en ejercicio de estas funciones no puede el Presidente invitar a los ciudadanos a votar por él en una futura contienda electoral. Sólo una apreciación formalista e irreflexiva permitiría atribuir automáticamente a estas actuaciones una ilegítima participación en las actividades de los partidos y las controversias políticas, como modalidades de la popularmente denominada "participación en política" que están prohibidas durante la época previa a la campaña presidencial. Finalmente, durante el periodo de cuatro meses a que se contrae la campaña presidencial, el Presidente de la República tiene el derecho y la libertad de defender las políticas del gobierno con fines proselitistas, pues para obtener apoyo de los ciudadanos y el favor de sus votos son precisamente las campañas electorales.

Extracto: Para poder responder las preguntas la Sala las ha agrupado y reordenado conforme a la temática correspondiente así: **1. ¿En términos generales que se entiende por “participación en política”? ¿Qué criterios podrían fijarse para esa definición a la luz de la Constitución y la ley?** La participación en política es un derecho y un deber ciudadanos y elemento esencial de todo sistema democrático. La Sala estima, con base en el análisis constitucional realizado que en derecho es fuerza proteger la primera expresión “participación en política”, y contraer la llamada “indebida participación en política” a la violación de las prohibiciones constitucionales y legales a las cuales se refirió el presente concepto. **2. ¿Defender las políticas del gobierno puede asociarse a indebida participación en política?** (...) al Presidente de la República desde el momento en que anuncie formalmente su aspiración a presentarse como candidato a las elecciones presidenciales seis meses antes de la fecha prevista para la realización de las votaciones en primera vuelta le está vedado hacer proselitismo político con excepción de lo previsto en el artículo 6° de la ley 996 de 2005. Durante el periodo de cuatro meses a que se contrae la campaña presidencial, el Presidente de la República tiene el derecho y la libertad de defender las políticas del gobierno con fines proselitistas, pues para obtener apoyo de los ciudadanos y el favor de sus votos son precisamente las campañas electorales. **3. ¿Qué procedimiento habría que agotar para determinar la fecha de iniciación de la precampaña en la cual podría participar el candidato-presidente, orientada a la elección del candidato de un partido en la consulta, asamblea, congreso o convención respectiva, y cuál sería la autoridad ante la cual dicho procedimiento debería surtirse, dentro de la posibilidad ofrecida por el artículo 6 de la ley 996 de 2005?** Los partidos y movimientos políticos de acuerdo con las normas que rigen su organización, funcionamiento o financiación (estatutos), establecen los mecanismos para adoptar sus decisiones internas y escoger sus candidatos, en ejercicio de la autonomía que les reconoce la Constitución (art. 107 C.P.) y la ley 1475 de 2011 (art. 4 numeral 11). El procedimiento que se debe adelantar para determinar la fecha de iniciación de la precampaña en la cual podría participar el candidato-presidente, orientada a la selección del candidato de un partido o movimiento político en la consulta, asamblea, congreso o convención respectiva, depende de las normas que rigen su organización y funcionamiento (art. 4 de la ley 1475 de 2011) y de sus decisiones autónomas. **4. ¿La precampaña para elegir candidato puede correr antes de la iniciación de la campaña presidencial propiamente dicha, o tiene que darse dentro de los cuatro meses de dicha campaña, descontando el tiempo de la misma?** (...) debe realizarse antes de la iniciación de la campaña presidencial y no dentro de los cuatro meses de la misma. En tal sentido, los plazos dispuestos para una y otra no corren en forma simultánea, sino independiente. El período del proselitismo (“precampaña”) obviamente antecede al de la campaña presidencial electoral. **5. ¿En caso de que el Presidente de la República se presente a las elecciones presidenciales como candidato de una coalición, puede darse la coexistencia coetánea o sucesiva de los períodos de precampaña dentro de cada uno de los partidos de la respectiva coalición? ¿Pueden correr esos periodos sucesivamente o deben ser coetáneos?**(...) es posible que se presenten en forma simultánea o sucesiva períodos de proselitismo político (“precampaña”), dentro de los cuales buscará obtener la calidad de candidato dentro de cada uno de los partidos y movimientos políticos que integran la coalición. Estos periodos están condicionados al procedimiento de cada organización política, de acuerdo con sus normas y estatutos internos y a su opción libre y autónoma de realizar una consulta, asamblea, congreso o convención, según el caso. **6. En relación con el ejercicio reconocido por el artículo 127 constitucional, relativo a la posibilidad del Presidente o Vicepresidente de la República de asistir en cualquier tiempo, actuando como precandidatos o simples militantes, a los eventos internos de sus partidos o movimientos políticos, incluso si dentro de ellos se adoptan reglas para la selección del candidato o se selecciona candidato, se encuentra restringido en el ordenamiento jurídico?** El Presidente y el Vicepresidente de la República pueden asistir en cualquier tiempo a los eventos internos de los partidos o movimientos políticos, actuando como precandidatos o simples militantes, incluso si dentro de ellos se adoptan reglas para la selección del candidato, o se selecciona el candidato, según el artículo 6 de la ley 996 de 2005, en sus incisos primero y segundo, tal y como fueron sancionados y publicados y de acuerdo con las condiciones establecidas en dichos incisos. (...) **7. ¿Si se admite la figura del Presidente candidato, tiene este último la obligación de guardar silencio?**(...) está en la obligación de informar en ejercicio de sus funciones sobre los asuntos de interés general que le corresponde adelantar, así como de los resultados de su gestión gubernamental. Desde su condición de candidato también podrá divulgar su proyecto político y participar en el debate electoral durante la respectiva campaña, con las limitaciones y restricciones que se explican en las posteriores respuestas.(...) **8. ¿No tiene el presidente candidato los mismos derechos que los demás aspirantes?** Sí. En efecto, los artículos 2° y 3° de la ley 996 de 2005, estatutaria de

garantías electorales, no excluyen ni discriminan a ningún candidato por tener condiciones o calidades particulares de las prerrogativas y actividades que hacen parte del concepto de campaña presidencial. (...)

9. ¿Si puede realizar su campaña como los demás candidatos cuáles son las limitaciones? De acuerdo con la Corte Constitucional en la sentencia C- 1153 de 2005, el Presidente de la República queda sometido a las limitaciones, restricciones y prohibiciones contenidas en los artículos 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 38 y 40 de la ley 996 de 2005 desde el momento en que hace pública su intención de participar en la contienda electoral, esto es, seis meses antes de las elecciones en primera vuelta. (...)

10. ¿La prohibición del numeral 2 del artículo 30 de la ley 996 de 2005 impide al señor Presidente de la República que ha manifestado su interés en ser candidato entregar distinciones, medallas, galardones, que, sin implicar reconocimientos dinerarios, si conllevan la entrega de placas, preseas, o bienes similares con cargo al erario público? La prohibición del numeral 2 del artículo 30 de la ley 996 de 2005 no le impide al Presidente de la República que ha manifestado su interés en ser candidato entregar distinciones en la forma descrita en la consulta, siempre y cuando dichas entregas se efectúen dentro del marco de las regulaciones preexistentes respectivas, y correspondan dichas entregas a una actividad programada en desarrollo del normal cumplimiento de sus funciones, y no dependan exclusivamente de la discrecionalidad del Presidente ni se haga proselitismo político con ellas. Lo anterior, bajo el entendido de que dichas actividades se encuentren debidamente reglamentadas.

11. ¿Esa misma prohibición impide a otros funcionarios públicos, incluidos los ministros del despacho, entregar personalmente recursos o bienes estatales, o cualquier otra suma de dinero proveniente del erario público o de donaciones, dentro de programas sociales o de otra índole usualmente adelantados por el Gobierno Nacional? No. La prohibición del numeral 2º del artículo 30 de la ley 996 de 2005 indica que el Presidente “no puede entregar personalmente recursos o bienes estatales o cualquier otra suma de dinero proveniente del erario público o proveniente de donaciones de terceros al Gobierno”. Esta restricción es exclusiva para el Presidente de la República que aspire a la reelección presidencial, razón por la cual no se puede aplicar a los ministros o a otros funcionarios, dado que en materia de prohibiciones no es viable la interpretación extensiva.

12. ¿La prohibición del numeral 5 del artículo 30 de la ley 996 de 2005 impide al señor Presidente de la República invitar a la Casa Privada ubicada en el Palacio de Nariño y asignada a su uso personal y familiar, personas con las cuales él quiere conversar o tener relaciones de tipo social, aunque ellas sean candidatos, directivos o militantes de partidos, o personas en general vinculadas a campañas electorales? (...) la prohibición del numeral 5 del artículo 30 de la ley 996 de 2005 no tiene como propósito impedirle al presidente que desarrolle su vida personal, familiar y social en condiciones de normalidad, ni aislarlo de las posibilidades de contacto con las personas que considere que puede recibir en su residencia privada, dispuesta dentro la Casa de Nariño. (...)

13. ¿La prohibición del numeral 5 del artículo 30 de la ley 996 de 2005 impide al señor Presidente de la República utilizar el avión presidencial para dirigirse a lugares donde van a desarrollarse eventos de campaña política? ¿Cómo ha de entenderse la prohibición de usar el avión “cuando éste conlleve el despliegue de campaña” según lo afirmado por la Corte Constitucional? No. El Presidente de la República candidato a la elección presidencial podrá hacer uso del mismo para transportarse a los diferentes sitios dentro o fuera del país que demanden su presencia como presidente o como candidato, según el caso, pues este medio de transporte hace parte también de su esquema de seguridad y protección y, en consecuencia, es de aquellos bienes del Estado que puede utilizar, según la excepción prevista en el propio numeral 5 del artículo 30 de la Ley 996 de 2005, que desarrolla el inciso sexto del artículo 127 de la Constitución Política. (...)

14. ¿Qué limitaciones puede tener la esposa del Jefe de Estado dado que no tiene el carácter de funcionaria pública? Ninguna limitación, pues la cónyuge del Presidente de la República cuya denominación tradicionalmente ha sido la de “Primera Dama de la Nación” no ostenta la calidad de servidor público sino la de una particular frente a la administración pública, no sería posible aplicar por extensión las normas de carácter prohibitivo consagradas en la Constitución Política y en la ley 996 de 2005 para los servidores públicos. (...)

15. ¿Existe alguna prohibición para el Vicepresidente en ejercicio cuando no se ha presentado como candidato y no desempeña ningún cargo público? Como el Vicepresidente de la República no actúa como candidato a las elecciones presidenciales no está incurso en las actividades restringidas que señala el artículo 30 de la ley 996 de 2005 (...)

16. ¿Por el solo hecho de que el Presidente decida ser candidato, se les puede dar a los Ministros del despacho la condición de voceros electorales del candidato? Como parecería ser la interpretación del Ministerio Público? No. La presencia de la figura de la reelección presidencial en el escenario institucional no puede suspender el ejercicio de las funciones políticas y administrativas de los ministros, las cuales por su naturaleza están llamadas a promover el interés general y la consecución del

bien común mediante la adopción de medidas y la ejecución de las políticas del Gobierno. Al contrario, la omisión o falta de ejecución de la mismas podrían representar incumplimiento de los deberes asignados por la Constitución Política y la ley (arts. 6, 121 y 122 C.P). De ahí que la aplicación de medidas limitativas genéricas a los ministros en el ejercicio de sus funciones so pretexto de evitar una supuesta injerencia política a favor del Presidente de la República en ejercicio, cuando este haya manifestado su interés de reelegirse, representa un entorpecimiento de las actividades que por mandato constitucional y legal obedecen al principio de continuidad del servicio público y son propias del desempeño del cargo ministerial. (...) Distinto es que participen en la campaña presidencial, lo cual les está vedado, conforme al artículo 127 de la Constitución Política. **17. ¿Qué prohibiciones específicas rigen en este caso para los miembros del gabinete ejecutivo?** Las restricciones y prohibiciones específicas que rigen para los miembros del gabinete están previstas en los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2005, en materia de vinculación a la nómina estatal y en contratación pública del Estado, respectivamente. Igualmente, de acuerdo con el artículo 38 de la citada ley, les está vedado, como a cualquier otro servidor público, acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política; difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley; favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos; ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto; o aducir razones de “buen servicio” para despedir funcionarios de carrera. Finalmente, a los ministros también les resulta aplicable el artículo 110 de la Constitución Política que prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribuciones a partidos, movimientos o candidatos como también inducir a que otros lo hagan. **18. ¿Con qué limitaciones pueden los Ministros del despacho inaugurar obras cuando se adelantan elecciones a la Presidencia o al Congreso?** El numeral 1º del artículo 30 de la ley 996 de 2005 prohíbe al Presidente de la República, de manera específica, asistir a actos de inauguración de obras públicas, en la medida en que aspire a la reelección presidencial. Por tratarse de una restricción cuyo destinatario exclusivo es el presidente no se puede extender su interpretación y aplicación a los ministros.

Concepto 2191 y 2191 Adición del 3 de diciembre de 2013, Exp. 11001-03-06-000-2013-00534-00 (2191 y 2191 Adición) M.P. ÁLVARO NAMÉN VARGAS. Levantamiento de reserva legal mediante Oficio del 5 de diciembre de 2013

ÍNDICE TEMÁTICO

SALA PLENA

- En la zona del “Bosque Oriental de Bogotá” no se podrán conceder nuevas licencias, autorizaciones o permisos que permitan el desarrollo urbanístico o de construcción y se prohíbe desarrollar actividades mineras en dicha área.

ACCIONES DE TUTELA

- El ruido que emiten las iglesias o centros de culto no puede ser superior al permitido por la ley, porque se estaría vulnerando el derecho a la intimidad de las demás personas.
- La mujer gestante nombrada en provisionalidad que ha sido desvinculada por razones objetivas, generales y legítimas, es titular de garantías mínimas que le acrediten el goce de la licencia de maternidad.
- A partir del año 2005 la pensión o asignación de retiro de la fuerza pública será actualizada o liquidada aplicando el sistema de oscilación.

ACCIONES DE GRUPO

- La Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible deben emitir los permisos de caza e investigación con sustento técnico del número y especie de la fauna a capturarse.

SECCIÓN PRIMERA

- Ni los Departamentos ni las Contralorías pueden fijar viáticos para sus empleados que sobrepasen los topes máximos fijados por el Gobierno Nacional.
- Los concejales del país pueden actuar como apoderados en procesos judiciales, donde sea parte el municipio al cual pertenecen, siempre y cuando en ellos no se tengan pretensiones económicas.

- A pesar de que el titular de una marca previamente registrada autorice el registro de la misma, la Superintendencia de Industria y Comercio no podrá registrarla.
- El auto que fija los honorarios definitivos del secuestre y el acto que resuelve rechazar el recurso de apelación no son enjuiciables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
- No es procedente la condena en costas como consecuencia del desistimiento de la acción, cuando la parte actora lo solicita para evitar que se produzca un desgaste procesal.

SECCIÓN SEGUNDA

- Al no demostrar el desempeño del cargo en propiedad, como resultado de un concurso de selección público y abierto, no se pueden reclamar los derechos propios de carrera administrativa.
- Al aportar los mínimos probatorios exigidos para probar la convivencia en calidad de compañero permanente, como fueron dos testimonios, los cuales resultaron insustanciales y precarios para crear la certeza y reconocer el derecho pensional, se niega las suplicas de la demanda por defecto e incongruencia probatoria.
- La prestación del servicio como vigilante - celador no es una actividad temporal e independiente, por lo que en aplicación del Principio de la realidad sobre las formas se configura una relación laboral.
- La omisión o negligencia de presentar los alegatos de conclusión en el proceso disciplinario no vulnera el derecho de defensa.
- No se configuraron los elementos de fuerza mayor, ni legítima defensa del patrullero de la Policía Nacional al accionar el arma de fuego en contra de la población civil.
- Por considerar que el retiro de servicio de un agente de la Policía Nacional por incapacidad psicofísica sólo daba cumplimiento a una decisión judicial, es decir no constituía un hecho nuevo, se niega la nulidad de dicho acto de ejecución.
- Se ordena reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a padres de Infante de Marina que prestó servicio militar obligatorio.
- Se niega nulidad del acto que sancionó con destitución a Agente de la Policía Nacional por utilizar bienes de la entidad a actividades diferentes del servicio, al encontrar que no se cumple los requisitos para considerar que se obró en estricto cumplimiento de deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
- Por ser aplicable una norma especial, ley 32 de 1986 y Decreto 407 de 1993, así como el principio de irretroactividad de la ley se consideró que el acto por el cual se retiró del servicio por pensión al demandante vulneró el ordenamiento jurídico aplicable a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, pero se niega el reintegro al cargo por haber superado la edad de retiro forzoso señalada para el cargo de Dragoneante.
- Se niega nulidad del acto que sancionó con destitución al gobernador de Bolívar por irregularidades en el proceso de contratación para la adquisición de textos escolares.

SECCIÓN TERCERA

- Consejo de Estado reivindica papel de la mujer y de los niños y niñas víctimas del conflicto armado interno.
- Se condena al Instituto de Bienestar Familiar por la muerte de una niña en un hogar comunitario, ante la falla del servicio, de la entidad demandada, en el deber de cuidado y protección.
- Consejo de Estado declaró la nulidad de la Resolución No. 0254 de 2004 expedida por la Dirección General de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique, CARDIQUE, por desbordar las competencias dadas por la Ley. Los entes autónomos deben ejercer sus facultades de acuerdo con la ley.
- El régimen subjetivo de falla del servicio sirve para resolver la responsabilidad que se desprende del acto médico como tal, pero cuando el daño se produce al interior de una institución psiquiátrica o de atención mental se debe decidir la controversia bajo la égida de un título objetivo de responsabilidad.
- No todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas tienen que resolverse de la misma forma.
- El rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la administración, la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada.
- El término de caducidad para la acción de reparación directa por desaparición forzada, debe contarse a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal.

SECCIÓN CUARTA

- Las remuneraciones percibidas por las cooperativas de trabajo asociado por los servicios que prestan, a través de sus asociados, no están exentas del impuesto sobre las ventas.
- La Sala reitera que, para periodos anteriores al 2007, la base gravable del IVA para los servicios temporales de empleo prestados por las cooperativas de trabajo asociado es el componente AIU (administración, imprevistos y utilidades) a una tarifa del 16%.
- La Sección resume la competencia para conocer de la acción de nulidad contra los arts. 3, 7 y 9 del Decreto 4839 de 2008, en orden a determinar si los giros que los refinadores e importadores deben hacer al Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (FEPC), cuando su posición neta trimestral es negativa, son de naturaleza tributaria y si esa imposición la incluyó o no la Ley 1151 de 2007, que creó dicho fondo.

- A partir de la inexecutable del art. 8 de la Ley 818 de 2003 (27 de abril de 2004) procedía descontar del impuesto sobre las ventas el IVA pagado en la adquisición o importación de maquinaria industrial por el sistema de leasing, sin perjuicio del tipo de leasing pactado ni de la modalidad de la importación, dado que se aplicaba el art. 485-2 del E.T., que no establece condicionamiento alguno.
- Los actos de ejecución son susceptibles de control judicial siempre que excedan, parcial o totalmente, lo dispuesto en la sentencia o en el acto administrativo ejecutado, de modo que creen, modifiquen o extingan una situación jurídica diferente.

SECCIÓN QUINTA

- La Sala declara probada excepción propuesta por el Ministerio Público de falta de integración del petitum.
- Se niega la nulidad de la elección del señor Luis Manuel Medina Toro como Director General de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira.
- Se confirma auto dictado en audiencia inicial, por medio del cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se terminó el proceso.
- Se confirma sentencia que negó la nulidad de la elección de la señora Andrea Esther Castro Latorre como alcaldesa local de Fontibón.

SALA DE CONSULTA

- Al Presidente de la República desde el momento en que anuncie formalmente su aspiración a presentarse como candidato a las elecciones presidenciales seis meses antes de la fecha prevista para la realización de las votaciones en primera vuelta le está vedado hacer proselitismo político con excepción de lo previsto en el artículo 6º de la ley 996 de 2005.

NOTICIAS DESTACADAS

La Sala Plena del Consejo de Estado eligió a la doctora María Claudia Rojas Lasso, como nueva presidenta de la Corporación, y a la doctora Martha Teresa Briceño de Valencia como Vicepresidenta.

La doctora Rojas Lasso pertenece a la Sección Primera desde el 2008, cuando fue elegida en remplazo del exmagistrado Camilo Arciniegas Andrade.

Por su parte, la doctora Briceño de Valencia es consejera de Estado de la Sección Cuarta desde el 2008 en remplazo de la exmagistrada María Inés Ortiz Barbosa.

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

Si desea obtener las sentencias a las que se hace referencia en cada número del BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO, ingrese a la página Web de la Corporación www.consejodeestado.gov.co, opción **BOLETINES**, opción **CONSULTAR**, opción **2013**, abra el boletín y descárguelas haciendo clic sobre los datos del expediente que aparecen al final de cada reseña. Para cualquier inquietud escribanos a: boletin@consejoestado.ramajudicial.gov.co

CONSEJO EDITORIAL

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta
MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Vicepresidenta

Sala de Gobierno

Guillermo Vargas Ayala
Presidente Sección Primera
Bertha Lucía Ramírez
Presidente Sección Segunda
Olga Mérida Valle
Presidente Sección Tercera
Jorge Octavio Ramírez
Presidenta Sección Cuarta
Alberto Yepes Barreiro
Presidenta Sección Quinta
Augusto Hernández
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Ramiro Alonso Sandoval
Relator Sección Primera

Gloria Cristina Olmos y José Orlando Rivera
Relatores Sección Segunda

Narly del Pilar Morales, Gloria Stella Fajardo y Yolanda Velásquez Zárate
Relatoras Sección Tercera

Magaly Santos Murillo
Relatora Sección Cuarta

Jacqueline Contreras
Relatora Sección Quinta

Alejandro Vargas García
Relator Sala de Consulta

Marcela Parra
Relatora Acciones Constitucionales

Coordinación General

Nohora Galeano Parra
Magistrada Auxiliar
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2361

Jefe de Divulgación
- Nancy Torres Leal