



BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

República de Colombia
Consejo de Estado

No 181 - Marzo 4 de 2016
BOGOTÁ, COLOMBIA

www.consejodeestado.gov.co

EDITORIAL

Con el objetivo de dar a conocer las causas que llevan a los jueces a condenar a la administración pública y qué medidas se pueden adoptar para evitar las mismas, el Consejo de Estado lanzó su programa “Cultura de Legalidad y Seguridad Jurídica en las Regiones”.

La idea es llamar la atención acerca del deber de prevención que les asiste a los servidores públicos, lo cual se traduciría en una disminución de la demanda judicial, la corrupción y la congestión de procesos. Para el Consejo de Estado este año es crucial, puesto que se acaban de posesionar las nuevas administraciones departamentales y municipales que seguramente están en el proceso de hacer ajustes institucionales.

La primera jornada se realizó en la ciudad de Ibagué el 3 de marzo y ya están programadas más de 20 jornadas con los tribunales administrativos del país, lo que beneficiará a la administración de justicia.

Danilo Rojas Betancourth
Presidente

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

ACCIONES DE TUTELA

Contenido:

1. Cambio de postura jurisprudencial: La Sección Quinta de la Corporación decidió que frente a criterios divergentes entre la Corte Constitucional y otra Alta Corporación prevalecen los del Tribunal Constitucional. En ese sentido, acogió la postura de la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, en relación con el IBL de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición. Para la Corte, el régimen de transición aplica en lo atinente a edad, tiempo de servicio y número de semanas cotizadas, pero no en relación con el IBL, pues este último no es un aspecto de la transición, razón por la cual, debe ser fijado de conformidad con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Síntesis del caso: *Se accedió a las pretensiones del actor, a quien se le vulneró su derecho fundamental al debido proceso dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se ordenó la reliquidación de una pensión de jubilación desconociendo el precedente constitucional en la materia.*

Extracto: “El juez constitucional como intérprete autorizado de la Constitución al desentrañar el sentido o contenido de una norma constitucional o al aplicarla directamente a un caso concreto genera lo que se denomina doctrina constitucional la que, por su naturaleza, tiene un carácter vinculante en razón del carácter normativo de la Constitución, pues en aquella se interpreta la

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al día	
Tutelas	1-5
Sección Primera	5-8
Sección Segunda	8-11
Sección Tercera	11-18
Sección Cuarta	18-24
Sección Quinta	24-26
Sala de Consulta	26-31
Índice	32-35
Noticias destacadas	36

norma fundamental, interpretación que debe ser acatada por los jueces, porque de no hacerlo, se desconocería la norma fundamental misma... Lo anterior significa que cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, no está generando jurisprudencia, está fijando doctrina constitucional que, por envolver la interpretación de la Constitución, tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República, sin distingo alguno... Interpretación auténtica que los jueces, sin distingo de jerarquía, no pueden desconocer, bajo el argumento de la primacía de los principios de autonomía e independencia que caracterizan la función judicial, pues estarían no solo desconociendo la Constitución, en especial, los postulados de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima en las instituciones sino usurpando la competencia que la Carta le otorgó expresamente al Tribunal Constitucional... En otros términos, el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante, tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación... la Sección debe indicar que cambia así su postura sobre la materia y entiende que frente a criterios o posturas divergentes entre la Corte Constitucional y otra Alta Corporación, han de prevalecer los del Tribunal Constitucional, contenidos únicamente en sentencias de constitucionalidad y de unificación en tutela, siempre que la *ratio decidendi* se aplique al caso concreto y, por tanto, su desconocimiento configura el defecto de violación del precedente... La regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015 consiste en que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. En consecuencia, a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio. Por su parte, el actor se encuentra inmerso en el régimen de transición pensional, aspecto que no fue objeto de debate, y que como consecuencia exige que el cálculo de su pensión se realice con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993... El Tribunal Administrativo de Antioquia concluyó que en el ingreso base de liquidación deben incluirse todos los conceptos de remuneración que puedan calificarse como factores salariales de ley, devengados por el señor P.M.S.C. en el último año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionado. En ese orden, al calcular el IBL con base en el promedio del último año de servicio, se desconoció el precedente aplicable al caso, de conformidad con la regla establecida en la providencia de constitucionalidad referida, y en consecuencia se configuró el defecto sustantivo alegado... como la Sala lo ha planteado, concurren en el sub examine los presupuestos exigidos para conceder el amparo constitucional, toda vez que la providencia enjuiciada desconoce el precedente de la Corte Constitucional, por lo que se accederá a las pretensiones de la tutela, de acuerdo con los argumentos y fundamentos expuestos en esta sentencia”.

Sentencia de 25 de febrero de 2016, EXP. 11001-03-15-000-2016-00103-00(AC), M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO

2. Se ampara el derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia invocado por la actora, quien luego de percatarse del daño sufrido después de una intervención quirúrgica, presenta acción de reparación directa.

Síntesis del caso: La actora interpuso acción de tutela, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la Administración de Justicia, indico que se le practicó la cirugía por hipertrofia mamaria y días después su seno se deformó totalmente, por lo que tuvo que someterse a una segunda cirugía reconstructiva, contaba con una expectativa de recuperación, cuando perdió por completo el pezón derecho, aduce la actora que cuando se configuro el daño por la presunta negligencia decide reclamar presentando la demanda de reparación directa.

Extracto: “Las providencias que se consideran desconocidas por el fallo del Tribunal, en materia de caducidad de la acción de reparación directa, son: - Auto de 27 de febrero de 2003, Consejero Ponente, doctor Germán Rodríguez Villamizar, Expediente núm. 18.735: La Sala ha sostenido que en eventos como el presente, cuando la duración de un tratamiento o un proceso de sanidad se prolonga de tal manera que no le permite a la víctima saber a ciencia cierta cuándo el daño ha terminado de producirse, ha de tomarse como fecha para efectos de fijar el término de caducidad de la acción, aquella en que el daño se concreta. ... Pero hay casos en que la situación varía, como en el sub iudice, en que si bien se tiene un referente en cuanto a la fecha en que se produjo el hecho, es lo cierto que sólo el transcurso del tiempo y otras circunstancias particulares, como el prolongado tratamiento médico a que fue sometido el demandante, muestran con certeza la magnitud o consecuencia del hecho y, por ende, los perjuicios por los que la parte interesada reclama la indemnización. ... - Sentencia de 25 de marzo de 2011, Consejero Ponente, doctor Enrique Gil Botero, Expediente núm. 1996-02181-01 (20.836): ...existen dos supuestos en los cuales el citado principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal hace que se aligere o aliviane la disposición del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.; estos dos hipótesis son: i) hasta tanto la persona no tenga conocimiento del daño, al margen de que el hecho o la omisión médica se haya concretado en un día distinto o años atrás del momento en que se establece la existencia de la lesión antijurídica y ii) cuando existe un tratamiento médico que se prolonga en el tiempo y respecto del cual se le genera al paciente una expectativa de recuperación. ...De los antecedentes jurisprudenciales reseñados, encuentra la Sala que la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido enfática en señalar que el término de caducidad deberá contabilizarse no desde el momento de la ocurrencia del hecho, omisión u operación administrativa que produce el daño, sino desde que el afectado adquiera conocimiento del mismo. Además, precisó que en materia médico - sanitaria a pesar de que la regla general se mantiene inalterable, se debe tener en cuenta cuando exista un tratamiento médico que se prolongue en el tiempo y respecto del cual se le genera al paciente una expectativa de recuperación. ...En este caso, el término de caducidad se debe contabilizar desde el momento en el que se concretó el daño, esto es, febrero del año 2000, cuando la actora perdió por completo su pezón derecho, mas no, el día que le realizaron la cirugía para corregir la hipertrofia mamaria, como erradamente lo afirma el Tribunal. Comoquiera que el daño se concretó en febrero del 2000, la actora tenía hasta el mes de febrero de 2002 para presentar la acción de reparación directa, la cual fue instaurada el 16 de marzo de 2001, es decir, oportunamente, lo que impone a la Sala ampararle el derecho de acceso a la Administración de Justicia y, en consecuencia, dejar sin efecto la sentencia de 26 de febrero de 2015, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, en su lugar, ordenarle que profiera una nueva providencia en la que conozca de fondo el asunto, dentro del término de veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.”

Sentencia de 29 de octubre de 2015, Exp. 11001-03-15-000-2015-02431-00(AC), M.P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

3. Menor que cumplió con los requisitos del programa “SER PILO PAGA” es protegido en su derecho a la educación, pudiendo cambiar de Universidad y de programa.

Síntesis del caso: La actora obrando en nombre y representación de su hijo menor pidió el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la educación y debido proceso, los cuales estimó violados por el Icetex y el Ministerio de Educación Nacional al haberlo excluido como beneficiario del programa “10 Mil Becas Crédito”.

Extracto: “La educación pertenece, ... a los llamados derechos económicos, sociales y culturales y no lo concibió como un derecho fundamental de aplicación inmediata por ser un derecho prestacional, en la medida en que su efectividad está ligada a una disponibilidad considerable de recursos económicos, una regulación legal y una estructura organizacional. Sin embargo, la Corte Constitucional le ha otorgado el carácter de fundamental... (i) Cuando quien exige la prestación del servicio es un menor de edad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Fundamental, (ii) cuando la amenaza o vulneración del derecho a la educación aparece la amenaza o vulneración de otro derecho de carácter fundamental, como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad o el debido proceso. Conforme a lo dicho, se observa entonces que el derecho a la educación es de naturaleza fundamental pues constituye un medio

trascendental para la efectividad de otros derechos fundamentales, además de guardar una íntima relación con la dignidad humana, pues constituye un factor de desarrollo individual y social cuyo ejercicio materializa el desarrollo pleno del ser humano. ... los principios de razonabilidad y proporcionalidad. ... (i) disponibilidad. (ii) accesibilidad. (iii) permanencia. (iv) calidad. Esta labor ha sido encomendada al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez, como lo recuerda la Corte Constitucional ... Con respecto a los requisitos para acceder al programa, los mismos se encuentran en el reglamento operativo del programa ... Créditos Condonables para la Excelencia en la Educación Superior ... Ser pilo paga ... y son los siguientes: (i) haber presentado el examen de Estado de la educación media, denominado Icfes Saber 11, el 3 de agosto de 2014; (ii) haber tenido un puntaje igual o superior a 310 en dicha prueba; (iii) haber sido admitido en una institución de educación superior acreditada en alta calidad o en proceso de renovación de la acreditación; y (iv) estar registrado en la versión III del “Sisben” con corte al 19 de septiembre de 2014, dentro de los puntos de corte por área del país que en el reglamento se indican. No puede perderse de vista que el reglamento no hace referencia a la fecha límite del 11 de diciembre de 2014 de la que hablan las comunicaciones del 6 de abril de 2014, ni se refiere eun modo alguno a la imposibilidad de cambiar de universidad y de programa por parte de un estudiante que haya sido inadmitido en una universidad. El reglamento (Artículo 2°) define límites temporales, únicamente, frente al requisito de presentación del examen de Estado (31 de agosto de 2014) y a la evaluación del SISBEN (corte al 19 de septiembre de 2014). Para la Sala resulta que ha sido evidente la transgresión del derecho fundamental a la educación del menor puesto que si bien con el programa de ... Créditos Condonables para la Excelencia en la Educación Superior ... Ser pilo paga ... cumple con el deber de procurar el acceso progresivo de las personas a los distintos niveles de escolaridad, en el presente caso las entidades públicas demandadas no facilitaron el ingreso del menor al mecanismo que hubiere facilitado su acceso a la educación superior, argumentando la existencia de requisitos que no establecieron en el respectivo reglamento del programa, con lo que resulta violado el debido proceso”.

Sentencia de 8 de octubre de 2015, Exp. 73001-23-33-000-2015-00328-01(AC), M.P. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

4. Se vulneró el derecho fundamental a la salud de diez niñas en el Departamento de Bolívar, debido a la omisión en la atención médica integral por parte de las entidades demandadas que conllevaría a establecer el diagnóstico de la enfermedad que padecen, la cual asocian a la aplicación de la vacuna contra el virus del papiloma humano. En consecuencia, se deberán realizar los exámenes pertinentes a fin de establecer el diagnóstico en un plazo no superior a dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia

Síntesis del caso: La actora actuando en calidad de agente oficiosa de diez menores, interpuso acción de tutela contra la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social, la E.P.S Mutual Ser y las Secretarías de Salud Departamental de Bolívar y Municipal del Carmen de Bolívar, por considerar que han vulnerado los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social de las niñas agenciadas; lo anterior debido a que no han prestado un debido servicio de salud a las menores y no han cumplido con los protocolos para la aplicación de la vacuna contra el VPH.

Extracto: “La Sala considera que las entidades demandadas vulneraron el derecho fundamental a la salud de las niñas agenciadas porque no han realizados los exámenes suficientes para determinar la patología que padecen. Los servicios de salud prestados han estado encaminados a estabilizar a las niñas y a determinar si existen una relación entre la enfermedad que padecen y la vacuna contra el Virus del Papiloma Humano. Lo que evidencia que las demandadas no han realizado los exámenes correspondientes para diagnosticar la enfermedad que padecen las niñas y es importante establecerlo para así poder realizar o suministrar el tratamiento médico indicado. Para la Sala es evidente la vulneración del derecho fundamental a la salud por falta de una atención integral que incluya el diagnóstico de la enfermedad que padecen las niñas y la causa de dicha enfermedad porque, se reitera, hasta la fecha las entidades demandadas no han realizado los exámenes necesarios para diagnosticar qué patología padecen y qué tratamiento médico es el adecuado para superar esta patología... La Sala revocará el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar que negó el amparo solicitado, y en consecuencia, declarará que las

entidades demandas vulneraron el derecho fundamental a la salud de las niñas agenciadas porque no prestaron un servicio médico integral que incluyera el diagnóstico de la enfermedad que padecen”.

Sentencia de 11 de diciembre de 2015, Exp. 13001-23-33-000-2014-00538-01(AC), M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA

5. Bonificación por servicios debe dividirse en doceavas partes en la determinación del ingreso base de liquidación para calcular el monto de la mesada pensional

Síntesis del caso: la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP presentó tutela contra el Juzgado Único Administrativo de San Gil y el Tribunal Administrativo de Santander, con el fin de que sean amparados sus derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la “sostenibilidad financiera”. Lo anterior, al considerar que aquellas autoridades incurrieron en defecto sustantivo y desconocimiento del precedente al proferir las sentencias de 8 de junio de 2010 y 13 de septiembre de 2011, en virtud de las cuales, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a favor de la demandante con la inclusión de la bonificación por servicios como factor liquidado a partir del 100% de su monto y no en una doceava (1/12) parte.

Extracto: “Al analizar el caso concreto, no cabe duda que la autoridad accionada hizo una interpretación arbitraria e irrazonable de las normas jurídicas aplicables en materia de seguridad social en pensiones, al disponer que una prestación económica que se causa en forma anual, en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ley 1042 de 1978, aplicable a los funcionarios de la Rama Judicial -por disposición expresa del Decreto 247 de 1997- y que, en consecuencia, se debe dividir en doceavas partes, se incluya en el 100%, para efectos de la determinación del ingreso base de liquidación para calcular el monto de la mesada pensional... Cabe destacar que la bonificación por servicios es una prestación que se reconoce y paga al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en la misma entidad, siendo independiente de la asignación básica, causación y pago anual que implica que le asiste razón a la entidad tutelante cuando afirma que incluir el cien por ciento (100%) del valor en el monto mensual de la pensión a pagar al servidor judicial, resulta abiertamente contrario al ordenamiento jurídico. Es así como, teniendo en cuenta la situación fáctica analizada y el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala considera que en el presente caso concurren los requisitos para conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por la entidad accionante, ante la existencia de un defecto sustantivo por errónea interpretación de la norma jurídica aplicable al caso, la cual conllevó a que una prestación anual se liquidara en forma mensual desbordando el monto de la pensión en detrimento del erario público... En consecuencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la entidad pública tutelante, para lo cual dejará sin efectos la sentencia de 13 de septiembre de 2011 censurada y le ordenará a la autoridad tutelada que, en el plazo de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta sentencia profiera una nueva donde se tengan en cuenta los lineamientos de esta providencia”.

Sentencia de 11 de febrero de 2016, Exp. 11001-03-15-000-2015-03216-00(AC), M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SECCIÓN PRIMERA

1. Se decreta la pérdida de investidura de una diputada de la Asamblea del Atlántico porque, dentro de los doce meses anteriores a su elección, su cónyuge fungió como alcalde del municipio de Puerto Colombia (Atlántico)

Síntesis del caso: El ciudadano Fernando Javier Meza presentó demanda de pérdida de investidura de la diputada Martha Patricia Villalba Hodwalker de la Asamblea

Departamental del Atlántico, elegida como tal para el periodo constitucional 2004-2007, por la causal prevista en el artículo 48 numeral 6° de la Ley 617 de 2000, por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 179 y 299 de la Constitución Política. El Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda, decisión que fue revocada por la Sala, quien decretó la pérdida de investidura de la diputada.

Extracto: Demostrada la calidad de diputada de la demandada y el vínculo matrimonial que existe entre ella y el señor Camilo Guillermo Torres Romero, corresponde establecer si éste último ejerció como alcalde del municipio de Puerto Colombia dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección como Diputada de su cónyuge, esto es, dentro del periodo inhabilitante que para este caso estaría comprendido entre el 26 de octubre de 2002 y el 26 de octubre de 2003, en razón a que la elección se llevó a cabo en esta última fecha tal y como se desprende del certificado de la Registraduría Nacional del Estado Civil que obra a folio 14 del cuaderno número 1 del expediente. En el expediente está demostrado que el señor Camilo Guillermo Torres Romero fue elegido Alcalde del municipio de Puerto Colombia -Atlántico para el periodo 2001-2003, del cual tomó posesión el 1° de enero de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2003 (folio 20), es decir, que fungía como alcalde dentro del periodo inhabilitante. [...] De lo anterior se colige que la inhabilidad en estudio se configura plenamente como quiera que el municipio hace parte de la circunscripción electoral del departamento. Al respecto es importante destacar que la inhabilidad pretende impedir que el candidato, haciendo uso de la autoridad que ostentan sus familiares o parientes, influya sobre los ciudadanos, alterando la libertad en que debe ejercerse el derecho al sufragio y el principio de igualdad que debe irradiar la contienda electoral. En el proceso se encuentra demostrado que dentro de los 12 meses anteriores a la elección de Diputados del Atlántico, que lo fue el 26 de octubre de 2003, el cónyuge de la demandada ejercía autoridad civil y política en el municipio de Puerto Colombia ya que era su alcalde, lo cual conduce a afirmar, sin ningún grado de duda, que se la señora Martha Patricia Villalba Hodwalker violó el régimen de inhabilidades de los diputados a que estaba sometida.

Sentencia de 31 de agosto de 2015, Exp. 08001 23 31 000 2014 00652 01(PI), C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. Pérdida de Investidura

2. Se declara la nulidad de la expresión “*especialista en medicina estética*” del estándar definido por el Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud adoptado por la Resolución 1441 de 2013, en relación con los requerimientos de talento humano que deben cumplir los centros de consulta externa de medicina estética

Síntesis del caso: *El señor Marlon Alberto Garcés Román demandó, en ejercicio del medio de control de nulidad, algunos apartados del Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios establecido por la Resolución No. 1441 del 6 de mayo de 2013, “por la cual se definen los procedimientos y condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar los servicios y se dictan otras disposiciones”, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social. La Sala accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.*

Extracto: Es claro para la Sala que en ejercicio de las facultades regulatorias del SOGCS que le otorga la ley a esta autoridad administrativa ella no puede incursionar en terrenos propios del legislador y terminar exigiendo títulos de idoneidad no requeridos legalmente; lo cual no obsta para que en ejercicio de sus competencias resulte legítimo que en aras de salvaguardar los intereses superiores de los usuarios del sistema de salud y su derecho fundamental a la salud, a la vista de las complejidades que puedan presentar un procedimiento o prestación específicas, exija la acreditación de una determinada competencia profesional por parte de los recursos humanos de una institución prestadora de estos servicios como condición para su habilitación institucional. En últimas, como lo dispone el literal d) del artículo 6° de la Ley Estatutaria del derecho fundamental a la salud (Ley 1751 de 2015), la calidad e idoneidad profesional forma parte esencial de la garantía de este derecho, por lo cual “[l]os

establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos” En este orden de ideas, y toda vez que el campo de la medicina estética, a diferencia de lo que sucede en los ramos de anestesiología y radiología, el legislador no ha exigido el título de especialista para desempeñarse en él, no resulta legítimo que el MINISTERIO fije un estándar que impone como única alternativa para su desarrollo la obtención de dicho diploma o de cualquier otro certificado de especialista no exigido por la ley. Con todo, es evidente que tal limitante competencial del reglamento que define el respectivo estándar no puede significar la invalidez de cualquier clase de requerimiento que se establezca con el fin de salvaguardar la calidad del servicio, los intereses superiores de los pacientes y, por sobre todas las cosas, la efectividad del derecho fundamental a la salud de cada uno de los usuarios del sistema. En consecuencia, la Sala se ve obligada a asumir una decisión que acoge apenas parcialmente las pretensiones de la demanda, por cuanto es evidente que a la luz de los argumentos expuestos a lo largo de esta providencia si bien es cierto que no cualquier regulación impuesta como estándar por EL MINISTERIO a los prestadores de servicios de salud puede equipararse a la exigencia de un título de idoneidad, siendo legítimo el requerimiento de unos mínimos que aseguren la solvencia e idoneidad de cada prestador (en términos de su infraestructura física y recursos científicos, económicos, humanos y organizacionales) como garantía de calidad del sistema, objetivo final del SOGCS legalmente estatuido, no lo es menos que en la definición de estos estándares la autoridad administrativa no puede usurpar competencias legislativas y establecer exigencias que no han sido fijadas por la ley.

a) Relativización o flexibilización de la reserva de ley en materia de servicios públicos.

Extracto: La jurisprudencia de esta Sala, en armonía con lo previsto por el artículo 26 de la Constitución, ha reiterado en numerosos pronunciamientos que “compete al legislador de manera privativa la facultad de exigir títulos de idoneidad para poder ejercer la medicina dada la responsabilidad social que ello implica”. [...] Ahora bien, no es menos cierto que tal reserva legal rígida y absoluta no es extensible a cualquier forma de regulación que incida sobre la esfera del derecho a escoger y ejercer profesión u oficio. Y no lo es porque, como se mencionó líneas arriba, no cualquier forma de regulación de una actividad de interés general que involucra personal cualificado supone el requisito de un título de idoneidad. Dicho en otras palabras, no cualquier requisito de idoneidad puede equipararse a la exigencia de un título de idoneidad. Se trata de una distinción que resulta esencial en esta materia, no solo por el cambio reglamentario que se dio en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SOGCS) [...] sino también -y en especial- por ser cierto que aunque el artículo 26 de la Constitución define una reserva de ley en relación con la exigencia de títulos de idoneidad para el ejercicio de una profesión u oficio, no la establece respecto de las distintas formas de regulación que de una u otra manera, por mandato o por habilitación legal, pueden incidir sobre el ejercicio de las profesiones de impacto social. Así, con ser cierto que por expresa disposición constitucional solo la ley puede fijar esta clase de exigencias, no lo es menos que en el contexto jurídico, político y social actual ello no significa que cualquier disposición que de manera indirecta aluda a algún asunto relacionado con el artículo 26 de la Carta deba emanar de la ley. La fuerza expansiva de los derechos fundamentales y su permanente imbricación con ámbitos en los que, como el de los servicios públicos, ha operado una relativización de la reserva de ley establecida por la Constitución, obligan a hacer esta distinción, como vía para salvaguardar la prevalencia del interés general y la efectividad de otros derechos fundamentales como el derecho a la salud y la vida de las personas usuarias del sistema de salud en Colombia. Siendo esto así, se impone entonces diferenciar entre la exigencia de un título de idoneidad, ámbito estrictamente reservado a la ley (artículo 26 de la Constitución), y la regulación administrativa en el campo de los servicios públicos (artículo 365 de la Carta). Distinción que será válida, pese a poder incidir de manera indirecta sobre la libertad de ejercicio profesional, siempre que (i) se cuente con una habilitación legal expresa y con (ii) necesidades de interés general que atender, (iii) que exijan la definición de marcos regulatorios razonables y proporcionados para el logro de los fines de interés general implicados en el desarrollo de dicha actividad; los cuales lógicamente (iv) no podrán infringir formal ni materialmente la reserva legal en punto a la exigencia de títulos de idoneidad, sino que

(v) deberán apuntar a definir condiciones técnicas (de infraestructura física, recursos técnicos, financieros y humanos, aspectos organizacionales o procedimentales, etc.) para la adecuada prestación del servicio. Esto, habida cuenta de que, en últimas, es el carácter especializado y permanente dinámica y complejidad de dichas regulaciones lo que justifica la referida flexibilización de la reserva de ley en materia de servicios públicos y hacen de la coordinación ley - reglamento un expediente válido y necesario en este campo, como forma de asegurar la rápida adaptación de los requisitos de idoneidad técnica antes mencionados a las cambiantes circunstancias y necesidades del servicio.

b) El título de idoneidad se diferencia de un estándar de calidad del servicio por su contenido, por la naturaleza de la autoridad que lo expide, por las razones que justifican su imposición, por el contexto en el que se adopta y las consecuencias jurídicas que genera

Extracto: Para la Sala es claro que la fijación de un estándar de calidad aplicable a los centros que se dedican a la atención sanitaria de la población, en tanto que requisito básico para el desarrollo de una actividad regulada como forma de asegurar ex ante (es decir, no de manera reactiva ni correctiva, sino preventiva) un mínimo de calidad de un servicio, no puede equipararse a la exigencia de un título de idoneidad. Esto, no solo por la autoridad responsable de su definición, que difiere, sino también por el contenido de las normas que los establecen, las razones que justifican la imposición o definición de uno u otro, el contexto en el que debe tener lugar cada determinación y las consecuencias que se derivan de su desconocimiento. Así, los estándares se diferencian de los títulos de idoneidad, en primer lugar, por la naturaleza de la autoridad que los impone; pues mientras que por expreso mandato constitucional solo la ley puede exigir los segundos (artículo 26), los primeros pueden ser fijados por la ley en desarrollo de la cláusula general de competencia que le atribuye el artículo 150 de la Constitución, pero también pueden ser definidos por la Administración en desarrollo de una habilitación legal, como ocurre en el caso sub examine. [...] De otra parte, en cuanto a las diferencias que se advierten en relación con el contenido de las normas que fijan como requisito un estándar y un título de idoneidad, se tiene que a pesar de ser los dos estatuidos por normas jurídicas, su sustancia interna no es equiparable. [...] También se distinguen los estándares de los títulos de idoneidad por las razones que justifican su imposición. Esto, puesto que la amplitud de supuestos que justifican la definición de los primeros contrasta con la excepcional procedencia de estos últimos. [...] En este orden, y aquí se advierte otra diferencia notable entre unos y otros, derivada del contexto en el que se adopta cada una de estas determinaciones, mientras que los títulos de idoneidad supondrán la verificación legal de unos riesgos sociales elevados en la práctica de una determinada disciplina profesional susceptibles de ser manejados o controlados mediante la cualificación profesional de quienes se dedican a ella, los estándares proceden en escenarios en los que la ley no puede llevar a cabo una programación material plena de los actos y decisiones de la Administración, por lo que el reconocimiento y la configuración de competencias discrecionales en cabeza de ésta resultan imperiosas. [...] Por último, no hay duda que existen también marcadas diferencias en las consecuencias jurídicas que siguen de la pretermisión de una u otra exigencia, que se traducirán en el ejercicio ilegal de la medicina o de una de sus especialidades en el caso del desconocimiento de un título de idoneidad establecido por el legislador en este campo, con graves consecuencias disciplinarias -e incluso penales en alguna época- para las personas que incurren en dicho comportamiento, y en una infracción administrativa que comprometerá la habilitación de la institución prestadora de servicio en el evento de ignorar un estándar.

Sentencia de 22 de octubre de 2015, Exp. 11001 03 24 000 2013 00319 00, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. Medio de control de nulidad.

SECCIÓN SEGUNDA

1. Se confirma la decisión que declaró la nulidad del artículo 5 del Acuerdo 001 de 2001, expedido por el Concejo Municipal del Distrito Especial de Cartagena, por extralimitación de funciones al exigir formación profesional para el desempeño del cargo de Secretario Ejecutivo de la Corporación, desconociendo que la Ley 443 de 1998 y el Decreto Reglamentario 1569 de 1998, solo exige título de bachiller.

Síntesis del caso: *La apoderada del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias interpuso recurso de apelación contra el fallo del Tribunal Administrativo de Bolívar, por inconformidad con la declaración de invalidez del artículo 5º del Acuerdo 001 de 2001 contenida en el numeral primero de la sentencia recurrida, en el que aseguró que fue expedido de conformidad con la competencia asignada por el artículo 313 de la Constitución Política, por lo que debe diferenciarse, que el cargo de Secretario Ejecutivo no es el de Secretario General, pues lo requisitos de éste se encuentran regulados por el artículo 137 de la ley 136 de 1994. Agregó que el empleo de Secretario Ejecutivo fue clasificado como del nivel administrativo en el artículo 2º del Acuerdo 001 demandado, no como lo afirmó el Tribunal que lo clasifica en el nivel Ejecutivo y Asesor.*

Extracto: La corporación pública que profirió el acto demandado debía sujetarse a las disposiciones consagradas en la Ley 443 de 1998 y su decreto reglamentario, ii) El empleo de Secretario Ejecutivo es del nivel Administrativo y iii) Los requisitos generales que servirán de “base para establecer los manuales específicos...” serán “diploma de bachiller en cualquier modalidad o cuatro (4) años de educación básica secundaria”. Como se ve a simple vista, el artículo transcrito, artículo 5 del Acuerdo 001 de 200, fija como requisito para el citado empleo “Formación profesional” que dista mucho de la exigencia de “bachiller” que consagra la norma general, por lo que de bulto se evidencia no sólo una extralimitación de funciones a cargo del Concejo Distrital sino también un quebrantamiento de la norma superior que hace anulable la disposición en cita. En el caso de autos es claro que la Corporación pública accionada al momento de proferir el acto enjuiciado no tuvo en cuenta las normas en que debía fundarse toda vez que inobservó los requisitos generales establecidos para el empleo de Secretario Ejecutivo, conforme lo dispone la Ley 443 de 1998 y su decreto reglamentario 1569 de 1998.

Sentencia de 10 de diciembre de 2015, Exp. 13001-23-31-000-2001-00817-01(1723-11), M.P LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad

2. Aun cuando la sentencia que declara la existencia de la relación laboral tiene el carácter de constitutiva, la solicitud de reconocimiento de los derechos laborales y prestacionales que de allí se derivan deben reclamarse en el término de 3 años, contados desde la terminación de la relación contractual, y así haya transcurrido dicho término, el juez de conocimiento debe estudiar la procedencia o no de la declaratoria de la relación laboral, toda vez que de esta se deriva la existencia de derechos pensionales que son imprescriptibles.

Síntesis del caso: *Determinar si el fenómeno jurídico de la prescripción opera aun cuando en el asunto objeto de debate se reclaman las prestaciones derivadas de un contrato realidad.*

Extracto: Esta Sección en repetidas oportunidades se ha pronunciado con el fin de señalar que la sentencia por la cual la que declara la existencia de la relación laboral, tiene el carácter de una sentencia constitutiva del derecho, por lo que en principio no habría lugar a sancionar al beneficiario con la prescripción del derecho que se reclama. Sin embargo, tampoco puede pasarse por alto que dicha solicitud debe realizarse por el interesado dentro de un término prudencial que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales, es decir, tres (3) años contados desde que finaliza la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral. A juicio de la Sala, para resolver cualquier controversia que se pueda suscitar sobre este asunto, debe establecerse en primer lugar si se configuraron los elementos propios de una relación laboral con el fin de dar aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. En otras palabras, quiere decir lo expuesto que aunque a simple vista se pueda concluir que no es posible ordenar el pago de algunos derechos salariales y prestacionales porque estos se encuentran prescritos al no reclamarse oportunamente; el juez de conocimiento debe estudiar la procedencia o no de la declaratoria de la relación laboral, toda vez que de esta se deriva la existencia de derechos pensionales que son imprescriptibles.

Auto de 4 febrero de 2016, Exp. 27001-23-31-000-2013-00334-01(3275-14), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Medio de control de nulidad y restablecimiento

3. El reconocimiento y la liquidación de prestaciones sociales debe producirse dentro de un plazo razonado y la falta de documentos dentro de la solicitud no es óbice para el no pago.

Síntesis del caso: La señora Yaneth Mojica Arango acudió ante esta jurisdicción a fin de controvertir la legalidad de la Resolución No 0226 de febrero 13 de 2012, por medio de la cual, el Municipio de Barrancabermeja ordena el pago de las prestaciones sociales de la accionante y de la Resolución No 1313 del 18 de mayo de 2012 que resolvió el recurso de reposición incoado contra la Resolución 0226 de 2012; así como también, del acto presunto derivado del silencio administrativo constituido por la no contestación al recurso de apelación interpuesto contra la primigenia resolución.

Extracto: está demostrado que la administración omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley para el reconocimiento de las cesantías reclamadas por la demandante, es decir, los 15 días para expedir el acto de reconocimiento y 5 más que corresponden al término de la ejecutoria. No sucedió lo mismo respecto del pago, como quiera que las referidas cesantías fueron canceladas dentro de los 45 días de que trata la norma. No se compadece con el sentido de la normatividad mencionada que la indemnización por la falta de pago oportuno de cesantías se genere sólo ante el incumplimiento del término de 45 días contados a partir del momento en que se encuentre en firme el acto administrativo que las reconozca, porque se dejaría desamparado al ex servidor en el evento en que la administración tarde más de los 15 días para expedirlo, tal como ocurrió en el asunto bajo estudio, en el que, el municipio de Barrancabermeja permitió que trascurriera 327 días sin pronunciarse respecto de la solicitud de liquidación de las prestaciones reclamadas por la accionante. Vista lo señalado en precedencia, considera la Sala que la sanción moratoria reclamada por la accionante y que es precisamente motivo de la alzada objeto de estudio se encuentra debidamente probada, al haber permitido la administración que trascurriera 327 días desde la fecha de radicación de la solicitud de reconocimiento hasta la fecha de expedición de la Resolución No 0226 del 13 de febrero de 2012 que le reconoció las cesantías a la accionante, lapso que supera en demasía el término de los 15 días que fijó la norma para tal fin. En consonancia, para la Sala resulta claro que ante la tardanza de la Administración para reconocer las cesantías de la accionante, los términos de la Ley 244 de 1995, deben contarse a partir del vencimiento de los 65 días con que contaba el municipio demandado para reconocer y pagar dicha prestación social, es decir, a partir del 25 de enero de 2011, como quiera que hasta el 24 de enero de 2011, a la administración municipal le corría el término para proceder al reconocimiento y pago de las cesantías. Lo anterior significa que la entidad deberá pagar un día de salario por cada día de mora desde el 25 de enero de 2011 hasta el 21 de febrero de 2012, fecha esta en la que fue cancelada las prestaciones sociales a la accionante.

Sentencia de 4 de febrero de 2016, Exp. 68001-23-33-000-2013-00035-01(1203-14), M.P. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

4. Las personas privadas de la libertad pueden interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley, y la notificación de las providencias proferidas dentro del proceso contencioso administrativo se regirá por lo contemplado en el artículo 169 de la Ley 906 de 2004.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad, el señor Martín Emilio Rodríguez Cortés, quien afirma encontrarse pagando una condena penal en el Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá “La Picota”, interpone demanda para solicitar la declaratoria de nulidad del artículo 16 del Decreto Reglamentario 4433 de 31 de diciembre de 2004, “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

Extracto: Luego de constatar que las leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012, no contemplan disposición normativa alguna que regule lo relacionado con la notificación de las providencias judiciales a quienes se encuentran privados de la libertad, encuentra el Despacho, que la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, como es obvio por la materia objeto de dicho estatuto, sí regula esta situación en su artículo 169. (...) La problemática de aplicar esta norma del estatuto procesal penal al *sub examine*, viene dada por el hecho de que los artículos 196 y 306 de la Ley 1437 de 2011 señalan que los aspectos no contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se regirán por las normas del procedimiento civil, hoy contenidas en el Código General del Proceso, sin que la Ley 1437 de 2011 hiciese mención a otro estatuto procesal. Sin embargo, en criterio de la Ponente esta dificultad no es insalvable, pues, el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, estipula que al aplicar e interpretar la regulación procesal de lo contencioso administrativo, es deber del juez observar los principios constitucionales y los del derecho procesal, tales como, el respecto por la dignidad humana, la igualdad, el debido proceso y la buena fe procesal, lo cual, en armonía con los artículos 42, 43 y 44 del Código General del Proceso, que consagran los deberes y poderes del juez, permiten válidamente aplicar, para el caso concreto y de manera excepcional, el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal, que regula la manera de notificar las providencias judiciales a las personas privadas de la libertad.

Auto de 4 de febrero de 2016, Exp. 11001-03-25-000-2015-01059-00(4674-15), M.P. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Medio de control de nulidad por inconstitucionalidad

SECCIÓN TERCERA

1. Se condenó al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por la muerte de un periodista a manos de un grupo de autodefensas (paramilitares), ya que se demostró la falla en la prestación del servicio atribuible a las tropas del Ejército Nacional asentadas en el municipio de Arauca, quienes facilitaron la ocurrencia del hecho dañoso

Síntesis del caso: El 28 de junio de 2002, en el municipio de Arauca (Arauca) fue asesinado el periodista Efraín Alberto Varela Noriega por integrantes de un grupo de autodefensas o paramilitares; estos hechos ocurrieron cerca a la base militar de la Décimo Octava Brigada del Ejército Nacional.

Extracto: “[E]s claro para la Sala, de acuerdo con el material probatorio recaudado, que en la época y lugar de los hechos se presentaron hechos de la más alta gravedad, en los que miembros de las fuerzas regulares del Estado se aliaron con grupos al margen de la ley, paramilitares, para permitir y coadyuvar la actividad de estos últimos. Así ocurrió en el crimen del periodista Varela Noriega, cuya ejecución fue facilitada y consentida por miembros del Ejército Nacional. (...) [además] son evidentes los nexos que por la época de los hechos existieron entre integrantes de la Brigada XVIII del departamento de Arauca y el frente paramilitar denominado Vencedores de Arauca e innegable la participación de los primeros en el execrable crimen cometido en contra del señor Efraín Alberto Varela Noriega, el que facilitaron al permitir el paso tranquilo del grupo armado ilegal, lo que permitió la comisión del punible; se verifica cómo, siendo conocedores de la presencia paramilitar en el momento y lugar exacto de los hechos, no sólo no actuaron en defensa de la vida e integridad de la víctima, con lo que omitieron los deberes de protección que la Constitución y la ley les imponen, sino que fungieron como partícipes en el ilícito al despejar el camino que permitiría su tranquila ejecución, de forma tal que incluso les dio tiempo a los criminales de infligir dolor a la víctima antes de ultimarla (...) Siendo función del Estado a través de las fuerzas militares salvaguardar la vida de los ciudadanos, se torna inconcebible e infame que sus propios agentes establezcan alianzas con grupos ilegales con el fin de permitirles la comisión de delitos y facilitar su presencia y acción. Cuando así actuaron, bajo su investidura de militares, no sólo desconocieron el marco jurídico que regula su acción, sino que trascendieron al ámbito penal mediante la ejecución de conductas dolosas, que sin duda comprometieron la responsabilidad del Estado. Al ejercer la función pública encomendada de la mano con actores armados ilegales, incurrieron en una patente falla del servicio. (...) la actuación del coronel Ortiz y de los demás miembros de la tropa, quienes obedecieron su

irregular orden, tuvo relación directa con el servicio público a su cargo, pues el primero la impartió prevalido de su rango y funciones en la institución, al tiempo que los demás la acataron, lo que significó que dejaran de ejercer las funciones que en materia de seguridad les fueron encomendadas, con el fin de permitir, a sabiendas, la presencia y acción de grupos armados ilegales el día de los lamentables sucesos.”

b. La indemnización por perjuicios morales en un proceso de reparación directa es independiente de la condena en proceso penal contra el agente infractor, así, la condena de perjuicios en proceso penal no constituye doble indemnización, ni reduce condena impuesta en proceso de reparación directa

Extracto: “Tiene en cuenta la Sala que según se demostró, las demandantes María Evelyn Valbuena de Varela y Evelyn Mabel Valbuena se constituyeron como parte civil dentro del proceso penal adelantado con ocasión del homicidio del señor Varela Noriega y que en esa actuación se profirió sentencia penal condenatoria anticipada en contra del particular que fungió como autor material del ilícito, a quien se le condenó a indemnizarles el daño moral sufrido en cuantía equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales para cada una. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, la demanda de parte civil promovida con el fin de obtener el resarcimiento de los perjuicios no se opone a la posibilidad de demandar del Estado ese mismo reconocimiento cuando se ha visto comprometida su responsabilidad, máxime en este caso en el que el condenado por la justicia ordinaria fue un tercero, sin nexo con la administración demandada. En tal virtud, la fuente de la obligación de indemnizar, a cargo del autor del hecho, la constituyó la comisión del hecho punible que debieron soportar las beneficiarias de la condena, distinto a la responsabilidad estatal que se configuró en este caso, desligada de la conducta delictiva atribuible a un tercero que no actuó como agente estatal. Aunque fue el particular condenado quien causó la muerte a la víctima, según quedó establecido por la justicia ordinaria, no fue su acción la que comprometió la responsabilidad de la administración en este específico evento y, en consecuencia, no puede considerarse que la eventual indemnización pagada por él (de lo que no hay prueba en el proceso) tenga la virtud de reducir aquella a cargo del Estado conforme a la responsabilidad que le asiste en el presente caso, ni constituye una doble indemnización pues, se itera, el victimario fue condenado a pagarla como reparación del delito cometido por él, por lo que esta deviene de una fuente distinta al deber de reparar los daños que le asiste a la administración pública por su comprobada responsabilidad en los hechos. En consecuencia, no se ordenará descuento alguno de la indemnización aquí ordenada, con ocasión del fallo penal condenatorio.”

Sentencia de 29 de octubre de 2015. Exp. 07001-23-31-000-2004-00162-01(34507). M.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO. Acción de reparación directa.

*** Con aclaración de voto de la consejera Stella Conto Díaz Del Castillo.**

NOTA DE RELATORIA: En esta decisión se adoptaron medidas de reparación no pecuniarias tendientes al establecimiento de la reparación integral de las víctimas.

2. Se condenó a la Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Ministerio del Interior, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Salud, Ministerio de Educación y Ministerio de Trabajo por los perjuicios sufridos de cuenta de un establecimiento de comercio que se vio afectado ante la ocupación efectuada por un grupo de desplazados en vía pública de Bogotá e instalaciones del CICR, ya que se demostró que las demandadas incumplieron con los deberes de protección y seguridad que les han sido encomendados (convencional y constitucionalmente) respecto de la población desplazada

Síntesis del caso: El 14 de diciembre de 1999, un grupo de personas ocuparon las instalaciones del Comité Internacional de la Cruz Roja -CICR y parte de la vía pública, en la ciudad de Bogotá; éste hecho ocurrió en medianías del Hotel Saint Simón. Con ocasión de la ocupación en mención, se hizo necesario la intervención de miembros del Ejército y la Policía Nacional y el cerramiento total de la zona, con lo cual se impidió el tránsito de vehículos automotores y peatones por la carrera 14 entre calles 81 y 82, afectándose a los huéspedes del citado establecimiento de comercio, ya que cancelaron sus reservas.

Extracto: “[A] partir de tales hechos probados, forzoso resulta concluir que la magnitud de ese lamentable hecho de desplazamiento ocurrido en una vía pública de la ciudad de Bogotá -el cual fue registrado continuamente por medios de comunicación de circulación nacional-, ameritaba medidas estatales serias, que de manera contundente y eficaz hubieran evitado dentro de un plazo razonable agravar esa situación vulneratoria de derechos humanos de la población desplazada y, de contera, hubiera impedido el cierre de la vía pública, circunstancia que, precisamente, fue la que produjo los perjuicios económicos para los vecinos del sector, entre los que se encontraban los demandantes del presente asunto, quienes se vieron drásticamente afectados por la imposibilidad de explotar en condiciones de normalidad el establecimiento de comercio “Hotel Saint Simon” que habían tomado en arrendamiento. (...) Así las cosas, (...) el daño padecido por los demandantes deviene imputable jurídicamente a título de falla del servicio a la Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Ministerio del Interior, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Salud, Ministerio de Educación y Ministerio de Trabajo, puesto que incumplieron con los deberes de protección y seguridad que les han sido encomendados constitucional y convencionalmente respecto de la población desplazada que fueron descritos en esta sentencia, lo cual repercutió en el hecho de que el grupo de personas desplazadas hubieran permanecido en la vía pública, afectando con ello, la explotación económica en condiciones normales del establecimiento comercial que estaba siendo explotado por los demandantes.”

Sentencia de 22 de octubre de 2015. Exp. 25000-23-26-000-2001-02697-01(33977). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Acción de reparación directa

3. Se condenó al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por los hechos ocurridos en el municipio de Cartagena del Chaira (masacre del Billar) ante la muerte, secuestro y desaparición de varios militares por cuenta del grupo guerrillero de las FARC, ya que se demostró la falla del servicio por la omisión de apoyo aéreo y terrestre, la falta de personal militar, así como la ausencia de armas suficientes para contrarrestar ataques terroristas

Síntesis del caso: El 3 de marzo de 1998 en el municipio de Cartagena del Chaira (Caquetá), se presentaron enfrentamientos entre varias brigadas del frente Teófilo Forero de las Farc y el Batallón 52 adscrito a la Brigada Móvil III del Ejército Nacional, en esta ocasión solo se contaba la mitad de sus militares de planta y como consecuencia de ello murieron 62 militares, entre los que se encontraba la víctima en el presente proceso, el señor Sergio Sánchez Valderrama. Además, 43 soldados fueron secuestrados, 2 desaparecidos y 47 sobrevivientes.

Extracto: “Conforme los documentos reseñados, la Sala advierte que el daño alegado por los demandantes se encuentra acreditado con la muerte del militar Alfredo Sánchez Valderrama Jiménez en los hechos ocurridos en marzo de 1998 en inmediaciones de la zona rural de Cartagena del Chairá -Caquetá- cuando el Batallón de Contraguerrillas n.º 52, adscrito a la Brigada Móvil n.º 3, sostenía combates con varias cuadrillas de la columna Teófilo Forero de las FARC, y que este es antijurídico, pues las víctimas no estaban en el deber de soportarlo, existió una falla en el servicio, ya que si bien la muerte del oficial se produjo en ejercicio de la actividad militar, la carga impuesta a este resultó excesiva e ilegal, frente a la magnitud del enfrentamiento guerrillero al que fue sometido. En efecto, de conformidad con el informe “Caso Táctico el Billar” se tiene la Brigada Móvil n.º 3 tenía un déficit de material de guerra, circunstancia que fue conocida con anticipación por los altos mandos del Ejército Nacional pero que no fue atendida, lo que puso a esta unidad militar en una situación de vulnerabilidad, (...) Así mismo, el informe Caso táctico billar revela que una brigada móvil necesita de un gran apoyo aéreo, empero, al momento del ataque no hubo suficiente movimiento del Batallón de Contraguerrillas y no hubo apoyo mayor apoyo aéreo. De igual forma, resultó de suma importancia el hecho de que el 50% de los miembros del Batallón de Contraguerrillas al que pertenecía el familiar de los demandantes, no contaba sino con la mitad de sus miembros, lo que de entrada implicó una gran inferioridad respecto de la cantidad de personal que contaba la guerrilla. Por tanto, y teniendo en cuenta lo anterior se encuentra demostrado que la muerte del oficial Sánchez Valderrama si bien fue a manos de un tercero, obedeció al hecho de que el Ejército Nacional incurrió en una serie de tallas tácticas y operacionales que conllevaron a que los integrantes del batallón No. 52 estuvieran a merced del grupo subversivo. En consecuencia, todos los

errores en los que incurrió el Ejército Nacional son suficientes para imputar responsabilidad a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por los daños ocasionados a los familiares del militar fallecido, razón por lo cual, confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.”

Sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 18001-23-31-000-1999-00162-01(29842). M.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO. Acción de reparación directa.

* Con salvamento y aclaración parcial de voto de la consejera Stella Conto Díaz Del Castillo.

4. Es procedente la declaración de perjuicios inmateriales por afectaciones o vulneraciones a bienes y derechos de menores convencional y constitucionalmente amparados, cuando estos se han visto afectados en su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social como consecuencia de su estadía en establecimientos carcelarios, dado que su progenitora ha sido privada injustamente de la libertad

Síntesis del caso: El 23 de septiembre de 1995, una mujer fue capturada por miembros del DAS y se efectuó diligencia de allanamiento a su residencia. La señora (...) fue sindicada del delito de secuestro extorsivo en calidad de determinadora, razón por la cual el ente investigador le impuso medida preventiva de aseguramiento. La hoy actora, dio a luz a su hijo menor durante el periodo de privación de la libertad. El proceso penal culminó con cese de la investigación y la orden de libertad inmediata de la procesada.

Extracto: “Observa la Sala que no solamente se afectaron bienes convencional y constitucionalmente amparados a la víctima directa de la privación injusta, sino que sus menores hijos (...) también resultaron lesionados en este tipo de bienes. En efecto, documentos y declaraciones que obran dentro del expediente dan cuenta que el menor (...) como consecuencia de la privación injusta a la que fue sometida su madre, vio restringido derechos que le son reconocidos convencional y constitucionalmente, tales como el de que el Estado le debe reconocer el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y social. (...) Ahora bien, estima la Sala conveniente en este momento revisar el régimen penitenciario y carcelario de la época en que ocurrieron los hechos, concretamente en cuanto atañe a la posibilidad de que los menores de edad puedan tener estadías en un establecimiento carcelario cuando sus madres se encuentran privadas de la libertad, y también las consideraciones que la Corte Constitucional hizo sobre las normas que regulan esta hipótesis. La ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario vigente para la época en que la señora (...) fue detenida, en su artículo 153 establecía: “Art.153.- Permanencia de menores en establecimientos de reclusión. La dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario permitirá la permanencia en los establecimientos de reclusión a los hijos de las internas, hasta la edad de tres años”. El servicio social penitenciario y carcelario prestará atención a los menores que se encuentren en los centros de reclusión. Las reclusiones tendrán guardería”. (...) La Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de esta norma en la sentencia C- 157 de 2002, en esta providencia se avaló le exequibilidad de la misma. La Corte partió de reconocer que la estadía de un menor en un centro penitenciario puede afectar su desarrollo; pero al mismo tiempo admitió que negarle al menor el contacto físico con su madre en los primeros años de vida también puede lesionarlo. Se advierte también en la providencia que por cuanto la Constitución no resuelve el tema expresamente, el mismo ha sido dejado a la discrecionalidad del legislador (...) Con base en la consideraciones hechas por el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, la Sala observa que la posibilidad de que las madres detenidas tengan a su hijo a su lado en establecimiento carcelario, pese a no ser el lugar más adecuado para un infante; ponderada con el riesgo de que el menor crezca en la ausencia absoluta de su progenitora, el legislador ha optado por una salida intermedia, siempre respetando la autonomía privada de la madre. Sin embargo, estas consideraciones hechas por el Máximo Tribunal Constitucional conservan validez mientras la privación no tiene la condición de injusta, pues en esos eventos es la madre la que da lugar a que su hijo tenga que escoger entre dos situaciones precarias, crecer si su compañía, o tener dicho acompañamiento pero en un ambiente que no es el más apto para su desarrollo; por el contrario, cuando un menor debe transcurrir parte de su infancia en un centro penitenciario, como consecuencia de que su progenitora fue privada injustamente de la libertad, infringe (sic) (sic) igualmente un daño antijurídico al menor, pues ciertamente, cuando la madre se ve compelida a llevar a su hijo a un centro de reclusión en

la que se encuentran por un hecho que no cometió, tal como ocurrió en sub judice, el Estado está desconociendo la obligación convencional que adquirió al suscribir la convención sobre los derechos del niño. En efecto, en el artículo 27 de dicha convención, que fue aprobada, el 2 de noviembre de 1983, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por Colombia, mediante la ley 12 de 1991; se dispone que el Estado le garantizará “un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”. Pues bien, en el sub judice, sin razón jurídica que lo justificara, el Estado Colombiano compelió al menor (...) a estar en circunstancias que no eran las más aptas para su desarrollo, vulnerando así una garantía convencional que lo protegía.”

b. Es procedente la declaración de perjuicios inmateriales por afectaciones o vulneraciones a bienes y derechos de menores convencional y constitucionalmente amparados, cuando éstos se han visto afectados por señalamientos y discriminación como consecuencia de la imposición de privación de la libertad contra su progenitora

Extracto: “Estas declaraciones evidencian a la Sala que la privación injusta de libertad de la que fue objeto la señora (...) trajo como consecuencia discriminación y señalamientos a su menor hija; alguno de los testigos llega a afirmar que la menor fue despedida del Colegio. Así las cosas, la Sala, haciendo acopio de las reglas sobre las pruebas de los hechos discriminatorios establecidas por la Corte Constitucional, tiene por acreditado con estos testimonios que la menor resultó discriminada en su entorno social, como consecuencia de unas actividades ilícitas que el Estado endilgaba a su madre, y este mismo Estado nada hizo para garantizar su derecho de no discriminación. Este argumento cobra mayor peso, si se tiene en cuenta que el Tribunal Nacional absolvió a la madre de esta menor, después de dos años de detención preventiva, por considerar que ella no había cometido el hecho; pues no solamente le es reprochable al Estado no haber garantizado que la menor no fuese discriminada, sino que fue el Estado mismo quien propició las circunstancias para que la menor sufriera este vejamen.”

c. Es procedente la indemnización de perjuicios por la afectación al buen nombre de una persona que sufre operativo de allanamiento de domicilio y captura e imposición de medida preventiva de aseguramiento ante la trasmisión oral de la ocurrencia del hecho

Extracto: “En el sub judice no existe prueba de que el conocimiento que la comunidad tuvo de la medida de aseguramiento que había sido impuesta a señora (...), lo obtuvo por los artículos de prensa; lo cierto es que los testimonios transcritos concuerdan en decir que la comunidad a la que pertenecía la víctima de la privación y su hija, tuvieron conocimiento de la misma y como consecuencia de ello, la percepción que este conglomerado humano tenía de ella se vio afectada. Si bien es cierto, tradicionalmente se estudia la afectación al buen nombre ponderado frente al derecho a la información; no siempre se requiere de que haya noticias en medios de comunicación para que la comunidad inmediata de un individuo tenga conocimiento de que sobre el mismo se ha practicado una medida de aseguramiento. Cuando ocurren operativos de allanamiento y diligencias de captura, como sucedió en el sub judice, ello es suficiente para que por la sola transmisión oral de la ocurrencia del hecho dentro de quienes forman el círculo inmediato social y familiar del detenido se enteren; y esto, por ser suficiente para dañar el buen nombre de la persona; como en efecto ocurrió en el caso de la señora (...) como se desprende de las declaraciones concordantes que se transcribieron.”

Sentencia de 26 de febrero de 2015. Exp. 76001-23-25-000-1999-01062-01(29181). M.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO. Acción de reparación directa.

NOTA DE RELATORIA: En esta decisión, se estudió la procedencia o no de declarar perjuicios materiales por imposibilidad de cobro de títulos valores -a los cuales les expiró la acción cambiaria- durante el período de privación de la libertad de la actora. Adicionalmente, se estudia la afectación de los derechos convencional y constitucionalmente amparados a la familia, al desarrollo del menor en condiciones óptimas y al no señalamiento y discriminación de menores. Además, se decretaron las medidas de reparación no pecuniarias de ceremonia de presentación de excusas públicas y evaluación psiquiátrica y psicológica de menores afectados con la privación injusta de su progenitora (por afectación a su desarrollo y por ser sujeto de señalamientos y discriminación).

5. En casos de privación injusta de la libertad, en ausencia de los presupuestos consagrados en la Ley 270 de 1996 y de la no aplicación del *in dubio pro reo*, fundamentado en la cláusula general de responsabilidad -artículo 90 de la Constitución Política-, la reparación solo procederá si se comprueba que hubo una falla del servicio

Síntesis del caso: El demandante fue detenido preventivamente sindicado del delito de homicidio agravado y fue absuelto porque no se demostró que lo cometió, por lo que califica la privación de la libertad como injusta.

Extracto: “La privación injusta de la libertad como escenario de responsabilidad está regulada en la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, en cuyo artículo 68 establece: “Quien haya sido privado de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”. La jurisprudencia de la Sala ha determinado, a partir de la hermenéutica del artículo 90 de la Constitución Política, que cuando una persona privada de la libertad sea absuelta (i) “porque el hecho no existió”, (ii) “el sindicado no lo cometió”, o (iii) “la conducta no constituía hecho punible”, se configura un evento de detención injusta en virtud del título de imputación de daño especial, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. A las hipótesis citadas se les agregó la aplicación del *in dubio pro reo*, con fundamento en la misma cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado prevista en el artículo 90 *ibídem*. La privación de la libertad en estos casos se da con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero la expedición de una providencia absolutoria por cualquiera de los citados supuestos, pone en evidencia que la medida de aseguramiento fue injusta y la persona no estaba obligada a soportarla. Si el procesado es exonerado por cualquier causa distinta de las mencionadas, la reparación solo procederá siempre y cuando se acredite que existió una falla del servicio al momento de decretarse la medida de aseguramiento, es decir, que no se cumplían los requisitos legales para la restricción de la libertad.(...) la absolución del demandante fue con fundamento en la ausencia de una prueba sólida, por lo que el título de imputación aplicable al caso debe ser el de falla del servicio, pues la medida de aseguramiento fue dictada en ausencia de pruebas de cargo. En otras palabras, se mantuvo incólume la presunción de su inocencia, lo que torna en injusta la privación de su libertad. En tal virtud, el daño es imputable a la Nación-Fiscalía General de la Nación-, razón por la cual se revocará la sentencia apelada.”

Sentencia de diciembre 10 de 2015. Exp. 05001-23-31-000-1996-01822-01(39468). M.P. GUILLERMO SANCHEZ LUQUE. Acción de reparación directa

6. Se condena en acción de repetición a Capitán del Ejército Nacional por la ejecución de cinco civiles en el municipio de Yacopí Cundinamarca

Síntesis del caso: El 6 de agosto de 1998 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aprobó la conciliación celebrada entre el Ministerio de Defensa y los demandantes del proceso de reparación directa que se adelantaba en razón de la muerte de 5 civiles el 9 de mayo de 1990 en la inspección de Aposentos en Yacopí, Cundinamarca, la cual fue causada por la acción de miembros del Ejército Nacional, entre los que se encontraba el capitán Alfonso Augusto Ramírez Meza.

Extracto: “aunque la fuente de la repetición es una conciliación judicial, se encuentran demostrados los elementos que en el caso configuran la responsabilidad institucional del Ministerio de Defensa, pues está ampliamente demostrado que en el presente caso se produjo un daño sufrido por unos particulares y causado por un agente a su cargo en desarrollo de las funciones propias de su actividad estatal, con un claro nexo o vínculo con el servicio, dado que se trataba de un oficial del Ejército en el marco de una operación militar oficial, asunto sobre el que se ahondará en los apartes posteriores. (...) el daño fue ocasionado como consecuencia del ejercicio de alguna función estatal, de lo que se deriva la responsabilidad del Ministerio de Defensa, que sin duda es presupuesto de la procedencia de la repetición en los términos del artículo 90 de la Constitución Política. (...) De acuerdo a lo que se puede inferir del material probatorio recaudado en el proceso disciplinario adelantado en contra del señor Alfonso Augusto Ramírez Mesa, está probada tanto su calidad de agente estatal como su participación en los hechos que

derivaron en la conciliación. En tal sentido, está demostrado que este para la época de los hechos tenía el rango de capitán del Ejército Nacional y se desempeñaba como comandante de la base militar de Yacopí, Cundinamarca, calidad en la que suscribió el oficio n.º 051/BR13-BIBYA-CP”B”-S2-252- del 12 de mayo de 1990, cuya copia auténtica obra en los folios 134 y 135 del cuaderno n.º 3, en la que describe su participación y planeación de la operación militar del 9 de mayo de 1990 en la que perdieron la vida los señores Jorge Alberto Bustos, William Bustos Santos, Sain Florido Florido, Saul Florido Pérez y Rodrigo Florido Vega.”

b. En la acción de repetición, por hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001, la conducta del demandado deberá calificarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 63 del Código Civil

Extracto: “dado que la fecha de producción de los hechos que de acuerdo con lo enunciado en la demanda sustentaron el acuerdo conciliatorio en el que se consignó la erogación presupuestal se produjeron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 678 del 2001, no podrán ser tenidos en cuenta sus aspectos sustanciales, particularmente las definiciones previstas en sus artículos 5 y 6 acerca del dolo y la culpa grave. Por ende, la conducta del demandado deberá calificarse de acuerdo a las definiciones propias de la normatividad civil, específicamente el artículo 63 del Código Civil. (...) Según esta norma el dolo está determinado como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, mientras que la culpa grave “consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”. (...) el demandante actuó con plena intención de causar un daño a los civiles asesinados, el cual se agravó con las acciones ejecutadas tendientes a ocultar la manera en la que se produjeron las muertes, ejecución, para hacerlo parecer un enfrentamiento armado. (...) se resalta sobre la muerte de las víctimas por parte de los agentes estatales comandados por el demandado el testimonio de Carlos Eulices Cifuentes Santos, quien presencié los hechos, indica que se trató de una ejecución y no de un enfrentamiento (...) el testimonio del doctor Darío Sotelo Rueda, quien practicó los exámenes de necropsia a los occisos, reitera la existencia en varios de ellos de tatuajes macroscópicos que no concuerdan con un enfrentamiento y por el contrario resultan indicadores de que los disparos fueron recibidos a corta distancia (...) Esto indica, se reitera, una conciencia y voluntad del señor Ramírez Meza de causar el daño por el que la Nación-Ministerio de Defensa debió celebrar el acuerdo conciliatorio base de esta acción, por lo que es plenamente predicable de su persona una actuación dolosa.”

Sentencia de octubre 29 de 2015. Exp. 25000-23-26-000-1999-02355-01(26497). M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Acción de reparación directa

7. Se conmina a la fuerza pública para que con sus actuaciones no vulnere derechos constitucionalmente protegidos, al someter a los ciudadanos a torturas, tratos crueles e inhumanos y a la muerte, ya que actitudes como éstas no representan la finalidad de la existencia del Ejército Nacional.

Síntesis del caso: Desde 1999, el Ejército Nacional hostigaba a la población civil del corregimiento de Villa Carmel -Valle del Cauca-, allanando las viviendas de los campesinos e intimidándolos con sus armas, hechos que fueron denunciados por el Corregidor y los integrantes de la Junta Administradora Local de esa localidad ante las autoridades competentes, tales como la Secretaría de Gobierno, Convivencia y Seguridad de Cali y la Oficina Delegada ante los Derechos Humanos de la Procuraduría General de la Nación, solicitando la protección de los derechos fundamentales de los habitantes de la región; el 17 de mayo de 2000, fueron hallados los cuerpos sin vida de Herney Castro Ortiz y Oscar Orlando Salazar Sánchez en el corregimiento La Buitrera de la vereda El Otoño, con signos de tortura. La comunidad en general y los líderes comunales de Villa Carmelo denunciaron estos hechos ante varias autoridades y acusaron de tales muertes a los miembros del Ejército Nacional, concretamente a los integrantes de la Tercera Brigada, de quienes evidenciaron su flagrante violación a los derechos humanos, e hicieron un clamor de cese a la violencia que azotaba la región, con ocasión de la cual se generó un desplazamiento masivo de los habitantes de esa localidad.

Extracto: “comoquiera que se evidencia la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos (a la vida y a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos y degradantes), este es el escenario propicio para conminar a la administración respecto al trato al cual, en algunos eventos, somete a los ciudadanos, pues resulta a todas luces inadmisible e inaudito que el Ejército Nacional amenace, retenga indebidamente, intimide y torture hasta la muerte a cualquier persona, en este caso a Herney Castro Ortiz y a Oscar Orlando Salazar Sánchez. Resultan censurables, entonces, las actuaciones de los militares de la Tercera Brigada en los corregimientos Villa Carmelo y La Buitrera, el 16 y 17 de mayo de 2000, puesto que, conforme se ha explicado a lo largo de esta sentencia, hostigaron y amenazaron a la población civil desde 1999, sembrando el terror en los habitantes y en sus líderes comunales. Se trata de abusos intolerables, que deben ser proscritos de una buena vez de las fuerzas armadas y de policía. Es inconcebible que quienes ostentan la calidad de militares y tienen a su cargo la guarda de la soberanía del territorio nacional y la seguridad de los ciudadanos sean, precisamente, los encargados de infundir el pánico en la población civil, valiéndose de amenazas y del uso de las armas para vulnerar los derechos fundamentales de aquélla, llegando, incluso, a retener, torturar y asesinar a personas indefensas, solo por hacer alarde innecesario, inmisericorde, abusivo y criminal del poder que la constitución política y la ley les ha conferido, pasando así por encima, sin miramiento alguno, de cualquier ser humano que se atravesase en su camino, como si fueran los dueños de la vida de los demás y hasta violando sin escrúpulos de ninguna naturaleza, por consiguiente, el más importante de los derechos humanos: la vida misma de quienes ellos están llamados a proteger. Actitudes como la asumida por aquéllos no representan de ninguna manera la finalidad de la existencia del Ejército Nacional, cual es la de defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional y, por el contrario, dejan en entredicho la imagen de esa institución y la calidad humana de sus integrantes, por culpa de unos desadaptados que se escudan en el uniforme y en las armas oficiales para dar rienda suelta a su criminal instinto salvaje, sin que la institución haga nada para evitar el ingreso a sus filas de esa clase de individuos que la deshonoran y la dejan ante los ojos de la gente como su enemiga y su potencial verdugo arbitrario, opuesto por completo al papel que le corresponde en la sociedad. Por lo anterior, a título de medida de reparación integral, se ordenará al Ejército Nacional, específicamente a la Tercera Brigada, que ofrezca excusas públicas a los familiares de Herney Castro Ortiz y de Oscar Orlando Salazar Sánchez, por los tratos crueles e inhumanos, la tortura y el posterior homicidio de que ellos fueron víctimas. Adicionalmente, a título de medidas de no repetición, se ordenará al Ejército Nacional divulgar en todos sus Batallones y Comandos, a nivel nacional, el contenido de esta providencia y se le conminará a reforzar el sistema de selección e incorporación de su personal, así como los de formación (continua y actualizada) y de seguimiento a los mismos (consistente en evaluaciones psicológicas y comportamentales), con el fin evitar que hechos por los que aquí se le condena se vuelvan a repetir.”

Sentencia de enero 27 de 2016. Exp. 76001-23-31-000-2002-00914-01(37107). M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Acción de reparación directa

SECCIÓN CUARTA

1.a. Por falta de motivación y divulgación previa se suspende provisionalmente la resolución del Ministerio del Transporte que fijó los avalúos comerciales para el impuesto de vehículos del año 2016.

Síntesis del caso: La Asociación Colombiana de Usuarios de Vehículos Particulares, solicitó en ejercicio del medio de control de nulidad, que la Resolución 5358 del 30 de noviembre de 2015 del Ministerio de Transporte fuera declarada nula y dentro de la misma solicitó como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional. A juicio de la demandante, la Resolución 5358 de 2015 al fijar la base gravable del impuesto de vehículos violó los artículos 338 y 363 de la Constitución Política, 143 de la Ley 446 de 1998 y 135, 136 y 137 del Estatuto Tributario por lo siguiente: a) desconoció el artículo 338 de la Constitución porque es el legislador y no el Ministerio de Transporte el encargado de fijar la base gravable del impuesto de vehículos automotores; b) violó el artículo 363 de la Carta Política porque estableció la base gravable del

año 2016 sin tener en cuenta la realidad del mercado y de paso desconoció los principios de equidad, eficacia y progresividad del sistema tributario, toda vez que el aumento generalizado del avalúo comercial de los vehículos no tuvo en cuenta la capacidad de pago de los propietarios y poseedores; c) vulneró el artículo 143 de la Ley 488 de 1988, por cuanto desconoció que el avalúo comercial del vehículo es el límite al momento de fijar la base gravable del impuesto y a su vez es inaplicable por inconstitucional pues delegó en el Ministerio de Transporte la competencia de fijar la base gravable del impuesto de vehículos; d) transgredió los artículos 135, 136 y 137 del Estatuto Tributario, contra la realidad del mercado y la técnica contable, presume que los vehículos automotores no son bienes que se deprecian, sino que se valorizan; e) la resolución fue expedida de manera irregular porque el Ministerio no cumplió con el deber de socializar el proyecto de Resolución que fijó la base gravable, tal como lo ordena el numeral 8 de la ley 1437 de 2011 y el Decreto 1345 de 2010 (Decreto relacionado con la técnica normativa).

Extracto: “...La Sala unitaria encuentra demostrado, en primer término, una inexcusable falta de motivación, que no falsa, de la Resolución 5358 de 2015 que afecta la legalidad y legitimidad de la medida, pues la resolución omitió explicar las razones por las cuales el Ministerio de Transporte debió introducir los incrementos en el avalúo comercial de los vehículos sujetos a impuesto en el año 2016. Veámoslo: La Resolución 5358 tiene ocho considerandos y solo en dos de ellos se alude de manera muy general a la consultoría contratada para establecer los criterios técnicos que sirvieron de fundamento para fijar la base gravable de 2016. En efecto, apenas en la séptima consideración, el Ministerio de Transporte se limitó a decir que la Subdirección de Transporte contrató «una consultoría» con Datasoft Ingeniería Ltda. para diseñar «un modelo matemático y (de) levantamiento de información que permita definir el cálculo de la base gravable para el pago del impuesto sobre vehículos ...Conviene precisar que la cita y la transcripción incesante de normas jurídicas nunca constituye una verdadera motivación. La motivación es un elemento básico de los actos administrativos, incluidos los actos normativos que expide el Gobierno mediante competencias reglamentarias y tiene que ver con la explicitación de las razones de hecho y de derecho que autorizan la decisión gubernamental. Se trata de argumentaciones ojalá claras, suficientes y ciertas sobre los hechos que sustentan la medida frente al derecho aplicable. En materia de impuestos, es todavía más necesario que el Estado, en la ley, el reglamento y en los actos particulares y concretos, explique de forma convincente las razones y los mecanismos de cobro de las exacciones que deben pagar los contribuyentes en cumplimiento de sus deberes constitucionales de apoyo financiero al Estado. ...Es decir que la motivación tiene que ver con aspectos de la eficacia de la gestión administrativa, fuera de transmitir un mejor grado de aceptación de parte de quienes están obligados a cumplirlas, en este caso, se insiste, los contribuyentes...La Sala unitaria, *ab initio*, no ve que la decisión de revisar la base gravable del impuesto a los vehículos, impuesto creado por la Ley 488, esté suficientemente explicada y fundada, pues ninguno de los considerandos de la Resolución 5358 explica la razón por la cual el Gobierno Nacional vio la necesidad de hacer tal cosa. Esta sola circunstancia es suficiente para amparar una suspensión provisional, pues estaría ya configurado el vicio grave de expedición irregular que afecta la validez de la resolución, sin perjuicio de que posteriormente, al contestar la demanda, el Ministerio de Transporte puede justificar la razón de semejante conducta. ...La Sala unitaria encuentra que el artículo 8, numeral 8, de la Ley 1437 es claro en establecer la obligación de divulgar los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. En principio, según la Ley 1437, contenidos regulatorios como los establecidos en la Resolución 5358 deben someterse a consideración del público y por eso tendría que haberse asegurado la respectiva divulgación y haberse fijado los plazos para oír a los interesados: contribuyentes, entidades territoriales, asociaciones gremiales, etc. La Sala unitaria deduce de la sola lectura de los considerandos de la Resolución 5358 que no fue objeto de ninguna divulgación previa, hecho que habría constituido una violación por falta de aplicación de las dos normas que se acaban de reseñar. Otra circunstancia más que constituiría, en principio, un caso de nulidad del acto por expedición de forma irregular. A la Sala unitaria no le cabe duda de que sería más gravoso para el interés público y para los propios derechos de los contribuyentes, permitir el cobro del impuesto de vehículos 2016 sobre una base gravable cuya fijación está siendo cuestionada, pues la falta de motivación y explicación de que adolece la Resolución 5358 genera la sensación de que se ha improvisado, al punto de que se estaría fijando un avalúo comercial para efectos tributarios quizá superior al mismo avalúo comercial que determinan las leyes de oferta y demanda en el mercado automotor, perplejidad económica que tenía que explicarse y justificarse.

b. Las medidas cautelares señaladas en la Ley 1437 de 2011 proceden respecto a los actos administrativos particulares y contra los actos generales o reglamentos y respecto de estos últimos no requieren caución.

Extracto: El artículo 238 de la CP dispone que la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos susceptibles de ser impugnados por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley. La Constitución no distingue si la medida de suspensión provisional solo procede contra los actos administrativos de contenido particular y no contra los actos generales o normativos, conocidos comúnmente como reglamentos, y que son de naturaleza diferente de los primeros. Como la norma no distingue, el intérprete tampoco. En consecuencia, la suspensión provisional puede recaer frente a cualquier clase de actos: el acto administrativo propiamente dicho y el reglamento. En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 establece que el juez administrativo, a petición de parte, debidamente sustentada, puede decretar no únicamente la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, sino que puede adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Entre las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez administrativo, el artículo 230 ibíd. prevé la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado. El artículo 231 ib., a su turno, señala los requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se trata de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo o reglamento, la medida cautelar procede por la violación de las normas invocadas como violadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto administrativo y de su confrontación con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Dicho de otra manera: la medida cautelar de suspensión provisional de actos prospera cuando la transgresión de las normas invocadas como violadas surja: i) del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores que se alegan como violadas o ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. La suspensión provisional de los efectos del acto administrativo está atada a un examen preliminar de legalidad o de constitucionalidad que el juez debe hacer para anticipar de alguna manera si hay un caso de acto inválido por incurrir en las causales de nulidad del acto... De ahí que el artículo 231 diga que las medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional deben sopesarse aún en aras del interés público y que siempre deberán concederse cuando existan serios motivos para considerar que, de no otorgarse, los efectos de la sentencia serían nugatorios. Según lo expuesto, el juez administrativo está en condiciones de ponderar si opta por la tradicional suspensión provisional de los actos jurídicos demandados o por otras medidas cautelares diferentes o por ambas. Ahora bien, el artículo 232 de la Ley 1437 establece la necesidad de que el solicitante preste caución para garantizar los perjuicios que se pueden causar con la medida cautelar. En todo caso, la caución no se exige cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa de derechos e intereses colectivos (acción popular), la defensa de derechos fundamentales (acción de tutela), ni cuando la solicitante sea una entidad pública.

Auto del 15 de febrero de 2016 Exp. 11001-03-27-000-2016-00008-00 (22328) M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Medio de control de nulidad.

Nota de Relatoría: Se decretó como medida cautelar de urgencia la suspensión provisional y preventiva de la Resolución 5358 del 30 de noviembre de 2015, expedida por el Ministerio de Transporte que fijó la base gravable de los vehículos automotores para la vigencia fiscal 2016.

2.a. No es posible la concurrencia de intereses corrientes y moratorios en la devolución del pago de lo no debido por el lapso comprendido entre la fecha en que se notifica el acto que niega la devolución y la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Síntesis del caso: Una empresa promotora de salud presentó ante la administración distrital de Bogotá, una solicitud de devolución del impuesto de industria y comercio pagado en los 6 bimestres de los años 1996 a 2002 y 1º a 4º del año 2003, al considerar que se configuró un pago de lo no debido toda vez que los ingresos percibidos por concepto de Unidades de Pago por

Capitación (UPC) no pueden ser gravados con el impuesto de industria y comercio. Ante la negativa a tal devolución de la administración distrital, la entidad promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda. La anterior decisión fue revocada por el Consejo de Estado quien ordenó la devolución de \$ 667.455.000 junto con los intereses corrientes y moratorios conforme con lo dispuesto en los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario e intereses civiles. Mediante dos Resoluciones de diciembre de 2009, la administración ordenó pagar a la demandante la suma de \$ 1.068.492.000 por concepto de los intereses. Contra las anteriores resoluciones interpuso recurso de reposición para oponerse a la liquidación de los intereses al considerar que los intereses moratorios deben ser liquidados desde el 13 de enero de 2004 hasta el 9 de diciembre 2009 y por ende el valor a pagar es de \$ 1.234.780.843.

Extracto: De la lectura integral de la parte motiva, se advierte que la sentencia precisó que: i) en el trámite de devolución en la normativa distrital son aplicables los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario Nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 154 del Decreto 807 de 1993 y ii) teniendo en cuenta que el artículo 863 E.T. establece la forma en que deben ser liquidados los intereses, se aplicó al caso concreto y, para los intereses moratorios, se concordó con lo dispuesto en los artículos 148 y 152 del Decreto 807 de 1993, normas que son aplicables en el trámite de la devolución en sede administrativa. En esas condiciones, la Sala advierte que las premisas a las que hizo referencia la sentencia del 16 de julio de 2009, no son más que la aplicación literal de lo dispuesto en la normativa que regula la liquidación de intereses en la devolución de sumas, como las que fueron objeto de discusión en el proceso ordinario. En ese contexto, debe concluirse que para la liquidación de los intereses y, concretamente los moratorios, la sentencia acudió a la fórmula contemplada en el estatuto tributario nacional, aspecto que la actora reconoce en su escrito de demanda, y así lo reiteró la Sala en el numeral 2º de la parte resolutive al ordenar la devolución de la suma discutida «*junto con los intereses corrientes y moratorios de acuerdo con lo previsto en los artículos 863 y 864 del E.T., (...)*»...En esas condiciones es claro que el tenor literal del artículo 863 E.T. distingue dos tipos de intereses que remuneran dos situaciones distintas y, por ende, excluyentes, pues mientras los intereses corrientes se reconocen por el lapso que dura la discusión sobre la procedibilidad de la devolución reclamada, los de mora se causan cuando la Administración no realiza el pago una vez la devolución se ha hecho exigible. Ahora bien, cuando la sentencia hizo referencia en la parte motiva a que los intereses moratorios se causan desde el vencimiento del término para devolver, hasta la fecha del pago, se insiste, corresponde al tenor literal de lo dispuesto en el artículo 863 E.T. Y la referencia a los artículos 148 y 152 del Decreto 807 de 1993 se hizo en la medida en que eran aplicables en el supuesto de que la Administración hubiera decidido devolver las sumas solicitadas por la actora en sede administrativa, como lo precisó la Sala en la sentencia antes citada. Sin embargo, en la parte resolutive de la sentencia, de manera clara y precisa, se indicó que los intereses debían liquidarse con fundamento en lo dispuesto en los artículos 863 y 864 E.T., pues debe tenerse en cuenta que la discusión sobre la devolución tuvo que trasladarse ante la jurisdicción y fue la providencia la que determinó que si era procedente dicha devolución; entonces, la aplicación del artículo 863 E.T. para liquidar los intereses moratorios debía hacerse teniendo en cuenta la decisión de la Sala que es la que finalmente delimita la fecha desde la cual se hizo exigible la obligación. Así pues, la Sala advierte que la demandada dio cumplimiento a lo ordenado en la sentencia, al liquidar y pagar los intereses moratorios conforme lo establecen los artículos 863 y 864 E.T.; por tanto, procede declarar probada la excepción de pago total de la obligación y ordenar la terminación del proceso ejecutivo.

Sentencia del 12 de noviembre de 2015. Exp. 25000-23-27-000-2005-00326-02(19962) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

3. Cuando la venta de mezcla asfáltica, de acuerdo a su destinatario, es gravada con el IVA, el servicio de transporte también hace parte de la base gravable de la operación.

Síntesis del caso: Una persona jurídica presentó la declaración del impuesto sobre las ventas correspondiente al tercer bimestre de 2006 en la que registró ingresos brutos por operaciones gravadas de \$ 175.900.000 y un impuesto a cargo de \$ 8.397.000. En el año 2001, mediante liquidación oficial de revisión la DIAN aumentó los ingresos brutos por operaciones gravadas a \$ 770.022.000, el impuesto generado por \$ 123.203.000 y una sanción por inexactitud de \$

152.094.000. La demandante aduce que el asfalto es exento del IVA en virtud del artículo 5° de la Ley 30 de 1982 y esta exención se aplica para la venta de mezcla asfáltica. Con base en esa interpretación la base gravable del IVA en el transporte de mezcla asfáltica está conformada por el valor total de la venta incluyendo el transporte, de modo que si la operación principal está exenta de tarifa, dichas operaciones tienen el mismo tratamiento.

Extracto: “...En cuanto a la violación directa del artículo 5° de la Ley 30 de 1982, único fundamento jurídico del concepto de violación, el fallo que se comenta recordó que al analizar un asunto particular en el impuesto de renta correspondiente al año gravable 1995, la sentencia del 13 de marzo de 2003 aclaró que dicha normativa conservaba vigencia a pesar de no haber sido incorporada al Estatuto Tributario - Decreto 624 de 1989. Continuando con su argumentación, el mencionado fallo del 20 de marzo de 2014 consideró la evolución legislativa propiciada por las Leyes 488 de 1998 (art. 64) y 633 de 2000 (art. 79), para concluir que en el cuarto bimestre del año gravable 2006, la normativa vigente en materia del IVA para la venta de asfalto y mezclas asfálticas eran dichas normas y que, acorde con estas, el derecho a la exención exigía al contribuyente demostrar el tipo de entidad destinataria del bien...De acuerdo con lo dicho, la Sala avaló el aumento del monto de ingresos declarados como gravados con la suma correspondiente al IVA omitido por el servicio de transporte, como parte de la base gravable de dicho tributo, a la luz del artículo 447 ET; y, por consiguiente, descartó la diferencia de criterios invocada por la demandante para exonerarse de la sanción impuesta por inexactitud, dado que, en últimas, lo que pretende es aplicar una exención no vigente para la época de los hechos discutidos (se repite, cuarto bimestre de 2006), en cuanto el tratamiento exceptivo había sido modificado por normas posteriores. Dado que para el bimestre discutido en el caso de autos (tercero de 2006), regía el mismo marco legal que motivó la decisión de la sentencia del 20 de marzo de 2014, esta Sala desestima la solicitud de inaplicación del criterio jurisprudencial que orientó aquélla. Lo anterior porque, se repite, se trata de un debate entre las mismas partes, en el marco de razones fácticas y jurídicas similares a las resueltas en ese fallo. Los argumentos que invoca la actora en sus alegatos de conclusión para oponerse a dicha aplicación, no se estiman procedentes para apartarnos del criterio orientador mencionado, comoquiera que se oponen al contenido sustancial de la citada sentencia del 20 de marzo de 2014, sin razón jurídicamente viable para cambiar ese precedente.

Sentencia del 10 de diciembre de 2015. Exp. 15001-23-31-000-2009-00281-01 (20866) M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

4. Es procedente la aplicación simultánea de la presunción de ingresos por consignaciones bancarias en cuentas de terceros o en cuentas no registradas en la contabilidad con la presunción de ingresos por omisión del registro de compras.

Síntesis del caso: Una persona natural presentó la declaración del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable 1997 en la que determinó un saldo a pagar de \$ 119.000. La administración de impuestos modificó tal declaración al desconocer costos y deducciones por \$ 82.443.067, adicionó la renta líquida gravable por la presunción del artículo 755-3 del Estatuto tributario, \$ 53.361.000 en aplicación de la presunción del artículo 760 del mismo estatuto, desestimó retenciones por \$ 1.640.000 e impuso sanción por inexactitud por \$ 92.994.000. En su parecer la DIAN partió de suposiciones, no de hechos verdaderos y demostrados por lo que violó el artículo 745 del Estatuto Tributario; asimismo desconoció el artículo 755-3 porque no demostró que los valores consignados corresponden a ingresos originados en operaciones realizadas por el contribuyente. De igual forma la administración tomó las compras como ingresos aplicando la presunción establecida en el artículo 760 del mismo estatuto, pero omitió tenerlas en cuenta como descuentos en el IVA.

Extracto: “Así, las cuentas bancarias a que se refiere la norma pueden estar en dos situaciones: 1) Que figuren a nombre de un tercero, en cuyo caso se parte de la base de que formalmente el contribuyente no es su titular, pero se establece, mediante prueba indiciaria, que las utiliza para consignar sus ingresos; 2) Que estén a nombre del contribuyente, pero no correspondan a las registradas en su contabilidad, si estuviere obligado a llevarla. La presunción consagrada en el artículo 760 del Estatuto Tributario parte de

un supuesto diferente, relativo a la información del registro de compras, en este caso, la DIAN se basó en la información suministrada por el propio contribuyente en la respuesta a los requerimientos especiales, referente a las facturas de compra que constituyen costo, y respecto de las que según la Administración exceden los valores contabilizados. Sobre el alcance de esta disposición, en la sentencia del 26 de mayo de 2012, la Sala precisó que el artículo 756 del Estatuto Tributario, en su redacción original, permitía a los funcionarios de la DIAN adicionar ingresos en el impuesto sobre las ventas, aplicando la presunción del artículo 760 *ibidem*, entre otras. La misma sentencia aclaró que el artículo 760 del Estatuto Tributario, también en su redacción inicial, sólo contenía los cuatro primeros incisos. El inciso quinto, que permitió aplicar la presunción de ingresos por omisión del registro de compras en el impuesto de renta, se adicionó con el artículo 58 de la Ley 6 de 1992. No obstante lo anterior, el inciso quinto del artículo 760 del E.T., adicionado por el artículo 58 de la Ley 6ª de 1992 es claro en precisar que la presunción, para efectos del impuesto sobre la renta, se entiende en el sentido de que el contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios ha omitido ingresos, “constitutivos de renta líquida gravable”, esto es, aquella renta que se obtiene cuando ya se ha surtido el proceso de depuración a que alude el artículo 26 del Estatuto Tributario. ..Observa la Sala que los artículos 755-3 y 760 del Estatuto Tributario parten de supuestos diferentes para adicionar ingresos gravados, así, la presunción contenida en el artículo 755-3 *ib* tiene como presupuestos principales la existencia de indicios graves de los cuales se pueda interpretar que las consignaciones realizadas en las cuentas bancarias o de ahorro, de terceros, o en cuentas del contribuyente que no correspondan a las registradas en la contabilidad, pertenecen a ingresos derivados de las operaciones realizadas por este. La presunción establecida en el artículo 760 *ib*, parte del presupuesto de que el contribuyente no reporta compras destinadas a operaciones gravadas, omitiendo informar costos con el ánimo de omitir ingresos. Por esto, el legislador busca castigar el no registrar la totalidad de las compras efectuadas y se toman como ingreso. Para la Sala, contrario a lo afirmado por el *a quo*, por tratarse de hechos económicos diferentes, si es procedente la aplicación simultánea de las presunciones establecidas en los artículos 760 y 755-3 del Estatuto Tributario, circunstancia que fue debidamente sustentada en los actos demandados. Según lo expuesto, se trata de hechos económicos diferentes que no se contraponen, los que fueron debidamente identificados y valorados por la administración, razón por la que es procedente su aplicación simultánea. Prospera el cargo. Por otra parte, anota la Sala que, contrario a lo afirmado por el *a quo*, no existe norma en el Estatuto Tributario que prohíba la aplicación simultánea de las presunciones contempladas en los artículos 755-3 y 760 del Estatuto Tributario. Habida consideración de que la Administración podía aplicar las presunciones establecidas en los artículos 755-3 y 760 del E. T. lo que conduce a la revocatoria del pronunciamiento del Tribunal, le corresponde a la Sala analizar el argumento planteado en la demanda, que no fue considerados por el *a quo*, según el cual, el artículo 760 del Estatuto Tributario permite adicionar ingresos por omisión en el registro de compras pero no se pueden desconocer los correspondientes impuestos descontables. Lo anterior, para garantizar el principio de congruencia y de igualdad de las partes o simetría procesal, que se informan, ambos, en el derecho a la tutela judicial efectiva -que le impone el estudio y decisión de todo lo reclamado por el actor-, en el derecho de contradicción -que le asegura al demandado que únicamente está llamado a resistirse a lo que le fue formulado de manera expresa- y el derecho a la igualdad -que supone relativa paridad de las partes, sin que pueda encontrarse ninguna de ellas en situación de inferioridad jurídica-.

b. No es posible deducir los impuestos descontables del IVA de la renta líquida generada por la presunción de ingresos por omisión del registro de compras.

Extracto: Según el demandante: “... como al decir de la Administración no existían soportes y por ello lo solicitado como compras a la postre se convierten en INGRESO (Artículo 760 del E.T.) y por el principio del *non bis ídem*, las dichas compras deben contener un componente de IVA (Impuesto descontable) que la misma Administración no puede desconocer”. La Sala precisa que el impuesto sobre las ventas, pagado en la adquisición de bienes o servicios que no deba ser tratado como descontable, será deducible del impuesto sobre la renta, siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario y demás condiciones fijadas en el Capítulo V, Título I del Libro I del Estatuto Tributario. Con lo anterior, se excluye la posibilidad de que quede a criterio del contribuyente optar por cualquiera de los beneficios mencionados, pues si legalmente el impuesto pagado debe ser tratado como descontable y el contribuyente no lo utiliza, tampoco podrá llevarlo como costo o gasto deducible del

impuesto sobre la renta. La presunción de ingresos prevista en el artículo 760 del E.T. parte del presupuesto de que cuando el contribuyente omite informar compras destinadas a operaciones gravadas omite reportar costos con el fin de omitir ingresos. En estos eventos, los hallazgos que se determinen repercuten en los ingresos pero no en los costos declarados. Por esto, el artículo 760 del Estatuto Tributario dispone que: *“El impuesto que originen los ingresos así determinados, no podrá disminuirse mediante la imputación de descuento alguno”*, así, una vez determinado el ingreso presunto gravado, este se toma como renta líquida sobre la que se calcula el impuesto correspondiente, que, a su vez, no puede disminuirse con ningún descuento. Adicionalmente, la norma en cita permite a la DIAN presumir ingresos gravados en cabeza del responsable del impuesto, si detecta que éste omitió registrar compras, pero una vez la DIAN aplique la presunción de ingresos, la carga de la prueba se traslada al contribuyente.

Sentencia del 8 de octubre de 2015. Exp. 05001-23-31-000-2002-04446-01 (19495) M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCIÓN QUINTA

1. Se admite demanda y se niega suspensión provisional del acto de elección del señor Jairo Miguel Torres Oviedo como rector de la Universidad de Córdoba.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de nulidad electoral, el ciudadano José Gabriel Flórez Barrera, instauró demanda con el objeto de obtener la nulidad del Acuerdo N. 118 de 18 de diciembre de 2015 por medio del cual se designó al señor Jairo Miguel Torres Oviedo rector de la Universidad de Córdoba, periodo 2015-2018.

Extracto: “(...) el actor propuso en el escrito de demanda la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto acusado únicamente en los siguientes términos: “Honorable Magistrado, solicitamos que decrete la suspensión provisional de los actos administrativos contenidos en el Acuerdo N. 118 de fecha diciembre 18 de 2015, expedido por el Consejo Superior de la Universidad de Córdoba ´ por el cual se designa al señor Jairo Torres Oviedo como rector de la Universidad de Córdoba, Código 0045, Grado 20, para un periodo de tres años, a partir del 19 de diciembre de 2015` y el Acta de Posesión de fecha diciembre 18 de 2015 `Por el cual el señor Jairo Torres Oviedo, toma posesión del cargo de rector de la Universidad de Córdoba, Código 0045, Grado 20, designado por el Acuerdo N. 118 de fecha diciembre 18 de 2015”. Resulta evidente que la parte demandante omitió cumplir con la carga de sustentar su petición de suspensión provisional y tampoco anunció que para estos efectos la Sala se remitiera a los fundamentos de la demanda, situación que impone que su solicitud sea desestimada pues, el incumplimiento de este requisito deviene en el desconocimiento de las razones normativas y fácticas por las cuales se pretende que los efectos jurídicos del acto de designación acusado deben ser suspendidos. De acuerdo con lo expuesto la Sala admitirá la demanda y negará la solicitud de suspensión provisional requerida”.

Auto de 18 de febrero de 2016. Exp.: 11001032800020160001400, M.P. Dra. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ.

2. No se repone auto que decretó la suspensión provisional del Acuerdo 009 de 2015, a través del cual se eligieron a los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno y Administración de la Rama Judicial.

Síntesis del caso: Así lo determinó la Sala al pronunciarse sobre los recursos de reposición que formularon el Presidente del Consejo de Gobierno Judicial y los señores Juan Carlos Grillo Posada, Gloria Stella López Jaramillo y Laura Emilce Marulanda Tobón contra el auto del 21 de enero de 2016, que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del acto acusado.

Extracto: “En el auto del 21 de enero de 2016, esta Sala fue enfática en señalar que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- y el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 -modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003-, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia del proceso de nulidad electoral contra los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial y, por ende, para decidir sobre la admisión y la solicitud de suspensión provisional del acto demandado en virtud del inciso final del artículo 277 del CPACA. Según los demandados “el Consejo de Gobierno Judicial es un órgano creado por el constituyente derivado en el Acto Reformatorio de la Constitución No. 2 de 2015, y no está contenido en la norma referida por la Sección Quinta, y de la cual deriva su competencia, toda vez que los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial no son miembros del Senado, de la Cámara de Representantes, ni del Parlamento Andino, ni de las Juntas Directivas o Consejos Directivos de las entidades públicas del orden nacional, ni de entes autónomos del orden nacional, ni de las Comisiones de Regulación”. Sobre el particular, para la Sala es evidente que si el Consejo de Gobierno Judicial nació con la expedición del Acto Legislativo N. 2 de 2015, es apenas lógico que ninguna de las disposiciones que sobre competencia prevé la Ley 1437 de 2011 haga una referencia expresa a dicha Corporación. Empero, tal circunstancia no es óbice para el acto de elección de los demandados no tenga un control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por el contrario, según el artículo 254 de la Constitución Política, modificado por el artículo 15 del Acto Legislativo N. 2 de 2015, el gobierno y la administración de la Rama Judicial estarán a cargo del Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial. Estos órganos ejercerán las funciones que les atribuya la ley con el fin de promover el acceso a la justicia, la eficiencia de la Rama Judicial, la tutela judicial efectiva y la independencia judicial. Así las cosas, el Consejo de Gobierno Judicial “...es el órgano, encargado de definir las políticas de la Rama Judicial de acuerdo con la ley y postular las listas y ternas de candidatos que la Constitución le ordene. También corresponde al Consejo de Gobierno Judicial regular los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador; expedir el reglamento del sistema de carrera judicial y de la Comisión de Carrera Judicial, cuya función será la vigilancia y control de la carrera; aprobar el proyecto de presupuesto de la Rama Judicial que deberá ser remitido al Gobierno; aprobar el mapa judicial; definir la estructura orgánica de la Gerencia de la Rama Judicial; supervisar a esta entidad, y rendir cuentas por su desempeño ante el Congreso de la República”. De acuerdo con lo anterior, para esta Sección es claro que en la medida en que este órgano constituye la Junta o Consejo Directivo de la Rama Judicial - autoridad del orden nacional. Por tanto, los procesos de nulidad electoral que se adelanten contra los actos de elección o designación de sus miembros se encuadran en el supuesto que prevé el numeral 3 del artículo 149 del CPACA. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que el debate que pretenden plantear los recurrentes con el cargo en cuestión, en últimas, es inane, pues caso de que se considere que no existe una atribución expresa, esta Corporación - y en particular esta Sección-, tendría la competencia para conocer de las demandas contra los actos de elección de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial en virtud de la regla de residualidad que contempla el numeral 13 del artículo 149 del CPACA. En otras palabras, bajo una u otra tesis la competencia para conocer del presente proceso electoral, siempre estaría en cabeza del Consejo de Estado en única instancia, a través de su Sección Quinta, especializada en materia electoral, en consideración a lo dispuesto por el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 -modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003-. Aunado a lo anterior, es pertinente aclarar que contrario a lo que expusieron los demandados, el Acuerdo N 009 de 2015 no es un acto de ejecución, pues constituye un verdadero acto electoral en la medida en que contiene la declaración de la elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial. Es decir, es susceptible de control vía acción de nulidad electoral ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los términos del inciso primero del artículo 139 del CPACA”.

Auto de 18 de febrero de 2016. Exp.: 11001032800020150004700, M.P. Dr. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO.

3. Se confirma auto dictado en audiencia inicial, por medio del cual se declaró no probada la excepción de inepta demanda por falta de integración del *petitum*

Síntesis del caso: *Corresponde a la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión adoptada por el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera - Subsección A en el marco de la audiencia inicial celebrada el 2 de febrero de 2016 y a través de la cual se declararon no probadas las excepciones previas propuestas por la Contraloría General de la Nación y por el señor Sergio Antonio Medina en su calidad de demandado.*

Extracto: “Para los recurrentes la demanda presentada por el señor Miguel Augusto Medina, es inepta, comoquiera que aquel omitió demandar el acto a través del cual se conformó la lista de elegibles producida en el marco de la Convocatoria N. 002 de 2013. Lo anterior, a juicio de la parte recurrente, implica que el acto acusado no está plenamente individualizado. En efecto, a juicio de la parte apelante, se debió demandar tanto la lista de elegibles, como el acto a través del cual se designó al demandado como Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la Nación, pues de lo contrario se estaría dando una indebida aplicación al artículo 165 del CPACA. (...) atendiendo a que la demanda que ocupa la atención de la Sala se dirige contra un acto pasible de la acción electoral [acto de nombramiento], es evidente que el escrito presentado por el señor Medina Ramírez no tenía por qué dirigirse contra la lista de elegibles. Esto es así, debido a que los actos trámite o preparatorios no son pasibles de control judicial, puesto que desde la perspectiva de la nulidad electoral solo lo son aquellos a través de los cuales se hace la elección, el nombramiento o el llamamiento a proveer vacantes, respectivamente. Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que en asuntos electorales el acto que contiene la declaración de voluntades de la administración es el tendiente a elegir, nombrar o llamar a proveer vacantes, los cuales se constituyen como un verdaderos actos electorales, en los términos del inciso primero del artículo 139 del CPACA, pasibles de ser controlado, únicamente, por la vía de la nulidad electoral según las voces de la norma en comento. Por supuesto, ello no implica que si se presentan vicios en los actos de trámite o preparatorios que dieron origen al acto de designación, aquellos queden sustraídos del control judicial, pues lo que sucede es que dichas anomalías se estudiaran por el juez electoral cuando analice la legalidad del acto definitivo. En otras palabras desde el enfoque del medio de control consagrado en el artículo 139 del CPACA, la lista de elegibles se erige como un acto preparatorio, cuyo control se realiza cuando el juez electoral estudia la legalidad del acto definitivo contentivo de la designación. Es esta tesis no es novedosa, pues en diversas oportunidades la Sección Quinta ha sostenido que en la acción electoral los vicios en los actos preparatorios se escudriñan al examinar el acto definitivo demandando. Lo anterior aplicado al caso concreto implica concluir que la demanda se presentó contra el acto definitivo, desde la perspectiva electoral, toda vez que, el acto acusado es la Resolución ORD-81117-001496-2014 del 11 de agosto de 2014 a través de la cual se nombró al demandado como Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la Nación. En consecuencia, atendiendo a que el demandante ejerció el medio de control de nulidad electoral, es evidente que el acto susceptible de control judicial es aquel a través del cual la Contraloría realizó el respectivo nombramiento [acto de nombramiento], y por ello la demanda solo debía dirigirse contra aquel, sin incluir la lista de elegibles la cual, como se explicó, es un acto preparatorio”

Auto de 18 de febrero de 2016. Exp.: 25000234100020150010102, M.P. Dr. ALBERTO YEPES BARREIRO.

SALA DE CONSULTA

1. La prórroga de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal debe obedecer, no solamente a la voluntad de las dos partes, sino en especial, a la decisión consciente, informada, razonada y deliberada de la entidad pública contratante, luego de evaluar las opciones jurídicas que tenga a su disposición en cada caso, con relación a la terminación o a la continuación del contrato y de analizar cuidadosamente sus costos, riesgos, ventajas y, en general, sus pros y contras. Por lo tanto, no puede considerarse que la prórroga de los contratos estatales constituya un derecho del contratista.

Síntesis del caso: *El Ministerio de Minas y Energía solicitó el concepto de la Sala sobre: (i) La viabilidad de prorrogar el contrato de exploración y explotación minera N° 78-88, suscrito el 23 de agosto de 1988 entre Carbocol S.A. y Drummond Ltd., y (ii) la interpretación y aplicación del componente denominado “rendimiento de la inversión”, incorporado en la fórmula de liquidación de las regalías estipulada en el citado contrato. Para dar respuesta a la consulta formulada, la Sala analizó los siguientes aspectos: (a) La exploración y explotación de carbón por el sistema de aporte de áreas - el aporte N° 871 otorgado a Carbocol; (b) el contrato de gran minería N° 078-88 suscrito entre Carbocol y Drummond: naturaleza jurídica y régimen legal al cual está sometido; (c) viabilidad de prorrogar el citado contrato, y (d) fórmula para la liquidación de las regalías pactada en el contrato N° 078-88.*

Extracto: “vale la pena recordar, en primer lugar, que varias disposiciones que regulan la contratación pública, contenidas tanto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como en varios regímenes especiales, aluden a la prórroga de los contratos celebrados por las entidades estatales. Así, por ejemplo, el artículo 27 de la Ley 1150 de 2007 regula la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y de televisión, los artículos 6 y 7 de Ley 1508 de 2012 se refieren a la prórroga de los contratos de asociación público-privada, y el artículo 6° de la Ley 1369 de 2009 dispone sobre la prórroga del contrato de concesión para la prestación del servicio de correo. Lo anterior demuestra que la prórroga de los contratos de ejecución sucesiva no resulta extraña a la contratación estatal, y así lo ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia. La posibilidad de prorrogar tales contratos obedece también, como en los contratos de derecho privado, a la autonomía de la voluntad, principio que no es ajeno a la contratación estatal. Pero en este campo la posibilidad de prorrogar los contratos y las condiciones de tales acuerdos están sujetas a límites y restricciones especiales que se derivan en unos casos de normas especiales, como las que se ha citado, y en otros, de los principios generales a los cuales se somete la contratación de todas las entidades estatales, como lo dispone explícitamente el artículo 13 de la Ley 1150. Por esta razón, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado, por ejemplo, que no resultan viables las prórrogas automáticas en esta clase de contratos. (...) Más adelante, en la sentencia C-068 de 2009, la misma corporación, además de reiterar su jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de las prórrogas automáticas de los contratos celebrados por las entidades estatales, declaró inexecutable algunas expresiones contenidas en el inciso primero del artículo 8° de la Ley 1 de 1991, por considerar que la indeterminación en el número de veces que podían prorrogarse las concesiones portuarias vulneraba el interés público, así como los derechos de todas las personas a la libre competencia económica y a participar en la actividad económica de la nación en igualdad de condiciones. (...) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha coincidido, en líneas generales, con lo manifestado por la Corte Constitucional sobre la prórroga de los contratos estatales. Puntualmente sobre las prórrogas automáticas, esta corporación ha manifestado que las cláusulas que las contengan vulneran varios principios que gobiernan la contratación estatal y que se derivan tanto de la Carta Política como de la ley, motivo por el cual dichas estipulaciones están viciadas de nulidad absoluta, que debe ser declarada por los jueces, incluso de oficio. (...) La línea jurisprudencial que se ha descrito, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permite extraer las siguientes conclusiones generales sobre la prórroga de los contratos celebrados por las entidades públicas: (i) La prórroga de tales contratos no resulta en sí misma ilegal ni inconstitucional, porque la ley no la prohíbe, salvo en casos especiales, ni es contraria a los principios y las normas constitucionales que regulan el ejercicio de la función pública y, en particular, la contratación estatal. (ii) Sin embargo, resulta inconstitucional e ilegal la prórroga automática de tales contratos, porque desconoce varios principios que deben regir la actividad contractual de todas las entidades, órganos y organismos del Estado, como la libre competencia económica, el derecho de las personas a participar en la vida económica de la nación en igualdad de condiciones, la prevalencia del interés público, el deber de planeación y los principios de selección objetiva, economía, transparencia y eficiencia, entre otros. (iii) Por las mismas razones, resultarían inconstitucionales las normas y las cláusulas que permitan la prórroga sucesiva e indefinida de esta clase de contratos, esto es, sin que se limite el número de veces que se pueden prorrogar ni su duración máxima. (iv) En cualquier caso, tanto la decisión de prorrogar un contrato celebrado por alguna entidad pública, como la duración y las condiciones de dicha prórroga, deben obedecer a lo previsto en la ley y a la aplicación de los principios generales que gobiernan la contratación estatal, entre ellos el de planeación. En general, la prórroga puede celebrarse si constituye en cada caso concreto un medio adecuado, eficiente, económico y eficaz para realizar el interés público o general involucrado en el respectivo contrato, y no exclusiva ni principalmente para favorecer al contratista

respectivo. (v) En consecuencia, la prórroga de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal debe obedecer, no solamente a la voluntad de las dos partes, sino en especial, a la decisión consciente, informada, razonada y deliberada de la entidad pública contratante, luego de evaluar las opciones jurídicas que tenga a su disposición en cada caso, con relación a la terminación o a la continuación del contrato, y de analizar cuidadosamente sus costos, riesgos, ventajas y, en general, sus pros y contras. (vi) Por lo tanto, no puede considerarse que la prórroga de los contratos estatales constituya un derecho del contratista. Ni siquiera en los contratos celebrados entre particulares existe ese derecho en cabeza de alguna de las partes contratantes, o de las dos, salvo que se haya pactado una cláusula de prórroga automática y se den las condiciones para que la misma opere, o bien que se haya estipulado expresamente ese derecho, ora que la ley lo establezca directamente, respetando los principios constitucionales, como sucede en algunos eventos. Fuera de tales hipótesis, lo que tiene el contratista del Estado es una mera y legítima expectativa a que el contrato se prorrogue y, por supuesto, el derecho a solicitar o pedir que la prórroga sea evaluada por la entidad contratante y le informe su posición al respecto. (...) Tal como se ha demostrado en los numerales anteriores: (i) las disposiciones especiales a las que está sujeto el contrato N° 078-88 celebrado entre Carbocol y Drummond nada disponen en forma expresa y específica sobre la posibilidad de prorrogar esa clase de contratos, es decir, los celebrados por las entidades descentralizadas sobre áreas recibidas en aporte; (ii) las normas generales del derecho privado en materia de obligaciones y contratos, a las que también se encuentra sometido dicho contrato, en todo lo no previsto en las disposiciones especiales, tampoco establecen expresamente nada sobre el punto, pero el principio de la autonomía de la voluntad permite a las partes prorrogar de mutuo acuerdo este y cualquier otro contrato de ejecución sucesiva o diferida, y (iii) los principios generales que gobiernan la contratación de las entidades estatales permiten igualmente prorrogar, en principio, cualquier contrato de ejecución sucesiva celebrado por una entidad estatal, siempre que la prórroga no esté prohibida, que no se dé en forma automática ni sucesiva (indefinidamente), que la extensión del plazo sea necesaria o, al menos, conveniente para alcanzar la finalidad de interés público perseguida con el contrato, y que, en general, la celebración y ejecución de la prórroga respete los mencionados principios. Con fundamento en lo anterior, puede decirse, en principio, que la prórroga del contrato de exploración y explotación carbonífera N° 078-88 resulta jurídicamente viable, siempre que las dos partes - actualmente la Agencia Nacional de Minería (ANM) y Drummond - estén de acuerdo con la misma. A dicho convenio no se podría llegar, según lo explicado, sino luego de que la ANM, en desarrollo de los principios de economía, eficiencia, eficacia, transparencia, planeación y protección del interés público, haya evaluado cuidadosamente las alternativas de las cuales dispone, así como los costos, riesgos y demás consecuencias (técnicas, económicas, ambientales y sociales, entre otras) de cada una de dichas opciones. Tales alternativas incluirían, entre otras, la terminación del contrato al vencimiento de su plazo y la posterior concesión de los yacimientos carboníferos, ya sea a Drummond o a otra firma, así como la prórroga del contrato vigente por el plazo que se estime conveniente (y no necesariamente por 30 años, como lo solicita la sociedad extranjera). Ahora bien, un aspecto que debe analizarse con más detenimiento es el del régimen jurídico al cual quedaría sometido el contrato N° 078-88 durante su prórroga, lo cual determinaría también las condiciones mínimas en las que dicha prórroga debería pactarse, en consideración a que el sistema de aporte de áreas no está previsto actualmente en la legislación minera, y que el aporte N° 871, con fundamento en el cual Carbocol celebró este contrato con Drummond, fue cancelado expresamente por el Ministerio de Minas al entrar a regir la Ley 685. Lo anterior permite inferir que una prórroga simple del contrato, es decir, aquella que consista solamente en la extensión o ampliación de su plazo, dejando intactas las restantes cláusulas, no sería posible, pues las partes no podrían simplemente renovar su consentimiento en relación con un contrato que la ley no regula ni permite celebrar actualmente, pues ese acuerdo de voluntades adolecería, más que de un objeto ilícito, de un objeto jurídicamente imposible”.

Concepto 2252 de 2 de diciembre de 2015, Exp. 11001-03-06-000-2015-00059-00(2252) M.P. ALVARO NAMÉN VARGAS (E) Levantamiento de reserva legal mediante oficio N° 2016001868 del Ministerio de Minas y Energía de 13 de enero de 2016

2. Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los

delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas.

Síntesis del caso: La Ministra de Transporte solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil emitir su concepto en relación con las consecuencias que acarrearían, en los procesos de contratación estatal en Colombia, las condenas, medidas de aseguramiento e investigaciones que las autoridades de un país extranjero impusieran o adelantaren, según el caso, en contra de una persona jurídica extranjera, o de las personas naturales que se desempeñen como sus representantes legales, miembros de junta directiva o socios, por la comisión en el extranjero de delitos contra la administración pública, soborno transnacional, o infracciones disciplinarias o fiscales. En concreto, preguntó si lo anterior podría, de acuerdo con las normas nacionales y con los tratados y convenciones internacionales ratificados por Colombia, configurarse como una causal de inhabilidad o incompatibilidad para que la persona jurídica extranjera o la sucursal constituida en Colombia contrate con las entidades estatales nacionales.

Extracto: “Teniendo en cuenta las hipótesis planteadas en la pregunta y según las consideraciones expuestas: (i) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas (literal j. del numeral 1° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011). (ii) Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, cuyo representante legal sea objeto de medida de aseguramiento en firme o de sentencia penal condenatoria ejecutoriada, dictada por autoridad judicial colombiana por hechos u omisiones relacionados con su actividad contractual en relación con el Estado colombiano. También pueden configurarse tales causales cuando la medida de aseguramiento en firme o la sentencia condenatoria ejecutoriada sea dictada por un juez extranjero, siempre que los hechos u omisiones que den lugar a las mismas se relacionen directamente con actividad contractual realizada frente al Estado colombiano en Colombia o en el exterior, por el representante legal investigado o condenado (numeral 6° del artículo 58 de la Ley 80 de 1993). Por el contrario, las siguientes hipótesis no generan las inhabilidades del artículo 8, numeral 1°, literal j), modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011, y del artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993: (i) Una condena penal impuesta a cualquiera de los miembros de la junta directiva o su equivalente, de una persona jurídica extranjera, por los delitos consagrados en el artículo 8, numeral 1°, literal j), modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011. (ii) Una medida de aseguramiento en firme dictada por una autoridad competente extranjera contra los socios o los miembros de la junta directiva o su equivalente de una persona jurídica extranjera. (iii) El simple inicio de una investigación penal contra cualquier persona natural o jurídica en Colombia o en el exterior. (iv) El inicio de una investigación de orden disciplinario o fiscal, o la declaratoria de responsabilidad correspondiente en estas materias, que una autoridad judicial o administrativa extranjera adopte contra una persona natural o jurídica.

No obstante, la circunstancia de que no se presente inhabilidad en estos casos, en manera alguna exime a las entidades estatales de la obligación de adoptar medidas para prevenir y conjurar los actos de corrupción en la contratación estatal, en aplicación de los principios de buena fe, precaución, transparencia y moralidad, que tienen aplicación concreta en las diferentes etapas del proceso de contratación. Así, entre otras medidas podrían adoptar las siguientes: (i) En los estudios previos que sustentan la contratación: a) tipificar, estimar y asignar los riesgos para prevenir actos de corrupción; b) contemplar las medidas tendientes a verificar las calidades de los proponentes o futuros contratistas; (ii) En los pliegos de condiciones y como parte integrante de la oferta: a) exigir la suscripción de “*pactos o compromisos de integridad*” y de la “*declaración de origen de fondos*”; b) identificar plenamente al proponente y verificar los datos pertinentes, de acuerdo con la prerrogativa de la entidad, y c) señalar expresamente que uno de los riesgos asociados al contrato es el de corrupción, el cual se relaciona directamente con el riesgo financiero y, en consecuencia, exigir garantías suficientes que permitan mantener cubierta a la entidad en relación con este riesgo; (iii) En las cláusulas contractuales: a)

incorporar la obligación a cargo del contratista de reportar periódicamente su información societaria, financiera y comercial, así como la modificación del estado de los mencionados riesgos; b) con el fin de proteger los intereses de la administración, incluir condiciones resolutorias expresas por hechos u omisiones que, aunque no estén tipificadas como causales de inhabilidad o incompatibilidad impliquen por parte del contratista o de las personas vinculadas a él actos de corrupción u otras circunstancias de las cuales se derive el aumento considerable de los riesgos para la entidad contratante o que vulneren los principios de la contratación estatal; c) estipular multas en los términos expuestos en este concepto. Ahora bien, es posible que las causales de inhabilidad previstas en el artículo 8, numeral 1°, literal j), modificado por el artículo 1° de la Ley 1474 de 2011, y en el artículo 58, numeral 6 de la Ley 80 de 1993, sobrevengan durante el proceso de selección, con posterioridad a la adjudicación o a la firma del contrato o durante su ejecución, caso en el cual deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 o en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, según el caso, en el sentido de que si la inhabilidad se presenta antes de la adjudicación se entenderá que el proponente renuncia a la propuesta; si acaece después de la adjudicación, se podrá revocar el acto; si sobreviene después del perfeccionamiento del contrato, cederá su posición contractual a un tercero, con autorización previa de la entidad. Finalmente, cuando la entidad estatal colombiana tenga un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, estará sometida en todo caso al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Por lo tanto, en relación con dichas entidades, son aplicables las mismas consideraciones y conclusiones expresadas en este concepto, incluyendo lo dicho en la presente respuesta”.

Concepto 2260 de 10 de agosto de 2015, Exp. 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260) M.P. ÁLVARO NAMÉN VARGAS. Levantamiento de reserva legal mediante auto de 15 de febrero de 2016

3. Cuando la Nación decida hacer uso de su facultad de terminar unilateral y anticipadamente un contrato de estabilidad jurídica, conforme a lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 963 de 2005, dicho contrato no puede entenderse terminado sino el día siguiente a la fecha en la que quede en firme el acto administrativo que ordena su terminación.

Síntesis del caso: Los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía solicitaron a la Sala de Consulta y Servicio Civil emitir su concepto en relación con el momento en que “pierden el carácter de estabilizadas” las normas incluidas en los contratos de estabilidad jurídica que celebró la Nación con varios inversionistas nacionales y extranjeros, al amparo de la Ley 963 de 2005 y sus decretos reglamentarios, en aquellos eventos en que la Nación decide darlos por terminados en forma unilateral y anticipada, conforme a lo dispuesto por el artículo 8° de la referida ley. Asimismo se solicitó a la Sala determinar cuál sería el procedimiento para efectuar la liquidación y el cobro de los tributos dejados de pagar por el inversionista.

Extracto: “Todo lo explicado permite llegar a las siguientes conclusiones generales sobre el tema consultado: (i) Cuando la Nación decida hacer uso de su facultad de terminar unilateral y anticipadamente un contrato de estabilidad jurídica, conforme a lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 963 de 2005, dicho contrato no puede entenderse terminado sino el día siguiente a la fecha en la que quede en firme el acto administrativo que ordena su terminación. (ii) Tal acto debe expedirse luego de tramitar el respectivo procedimiento administrativo, que debe ser ágil, oportuno, eficiente y eficaz, pero que debe respetar al mismo tiempo el derecho a la defensa y el debido proceso del contratista-inversionista, las normas de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011 que resulten aplicables, según lo que se ha explicado, y los principios y disposiciones generales de la actuación administrativa contenidos en el CPACA. (iii) Dado que el contrato de estabilidad jurídica se entiende vigente, en el caso planteado, hasta el día en que quede en firme el acto administrativo que decreta su terminación, las partes conservan todos sus derechos y obligaciones contractuales hasta esa misma fecha, (iv) En consecuencia, el inversionista puede exigir que hasta ese momento se le apliquen las normas y las interpretaciones administrativas que hayan sido identificadas taxativamente como determinantes de su inversión e incluidas expresamente en el contrato. Por contera, la Nación no puede exigirle el pago de tributos, intereses, sanciones ni, en general, obligaciones causadas en virtud de normas o interpretaciones administrativas que resulten opuestas a las indicadas en el contrato y desfavorables al inversionista, desde

el momento en que este haya incurrido en un presunto incumplimiento o en la inhabilidad prevista en el artículo 9° de la Ley 963, (v) Lo anterior se entiende sin perjuicio de la responsabilidad que en cada caso particular surja para el contratista-inversionista por los perjuicios ocasionados a la Nación con su incumplimiento, y de aquella que corresponda a los servidores públicos de la entidad contratante por la negligencia, demora o ineficacia en el ejercicio del deber de supervisión del contrato, o en la adopción de las soluciones y correctivos necesarios, una vez detectado el incumplimiento o la inhabilidad”.

Concepto 2246 de 3 de agosto de 2015, Exp. 11001-03-06-000-2015-00041-00(2246) M.P. ÁLVARO NAMÉN VARGAS (E) Levantamiento de reserva legal mediante oficio 2-2015-045034 de 19 de noviembre de 2015

ÍNDICE TEMÁTICO

ACCIONES DE TUTELA

- Cambio de postura jurisprudencial: La Sección Quinta de la Corporación decidió que frente a criterios divergentes entre la Corte Constitucional y otra Alta Corporación prevalecen los del Tribunal Constitucional. En ese sentido, acogió la postura de la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, en relación con el IBL de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición. Para la Corte, el régimen de transición aplica en lo atinente a edad, tiempo de servicio y número de semanas cotizadas, pero no en relación con el IBL, pues este último no es un aspecto de la transición, razón por la cual, debe ser fijado de conformidad con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- Se ampara el derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia invocado por la actora, quien luego de percatarse del daño sufrido después de una intervención quirúrgica, presenta acción de reparación directa.
- Menor que cumplió con los requisitos del programa “SER PILO PAGA” es protegido en su derecho a la educación, pudiendo cambiar de Universidad y de programa.
- Se vulneró el derecho fundamental a la salud de diez niñas en el Departamento de Bolívar, debido a la omisión en la atención médica integral por parte de las entidades demandadas que conllevaría a establecer el diagnóstico de la enfermedad que padecen, la cual asocian a la aplicación de la vacuna contra el virus del papiloma humano. En consecuencia, se deberán realizar los exámenes pertinentes a fin de establecer el diagnóstico en un plazo no superior a dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia
- Bonificación por servicios debe dividirse en doceavas partes en la determinación del ingreso base de liquidación para calcular el monto de la mesada pensional

SECCIÓN PRIMERA

- Se decreta la pérdida de investidura de una diputada de la Asamblea del Atlántico porque dentro de los doce meses anteriores a su elección su cónyuge fungió como alcalde del municipio de Puerto Colombia (Atlántico)
- Se declara la nulidad de la expresión “*especialista en medicina estética*” del estándar definido por el Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud adoptado por la Resolución 1441 de 2013, en relación con los requerimientos de talento humano que deben cumplir los centros de consulta externa de medicina estética

SECCIÓN SEGUNDA

- Se confirma la decisión que declaró la nulidad del artículo 5 del Acuerdo 001 de 2001, expedido por el Concejo Municipal del Distrito Especial de Cartagena, por extralimitación de funciones al exigir formación profesional para el desempeño del cargo de Secretario Ejecutivo de la Corporación, desconociendo que la Ley 443 de 1998 y el Decreto Reglamentario 1569 de 1998, solo exige título de bachiller
- Aun cuando la sentencia que declara la existencia de la relación laboral tiene el carácter de constitutiva, la solicitud de reconocimiento de los derechos laborales y prestacionales que de allí se derivan deben reclamarse en el término de 3 años, contados desde la terminación de la relación contractual, y así haya transcurrido dicho término, el juez de conocimiento debe estudiar la procedencia o no de la declaratoria de la relación laboral, toda vez que de esta se deriva la existencia de derechos pensionales que son imprescriptibles
- El reconocimiento y la liquidación de prestaciones sociales debe producirse dentro de un plazo razonado y la falta de documentos dentro de la solicitud no es óbice para el no pago.
- Las personas privadas de la libertad pueden interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley, y la notificación de las providencias proferidas dentro del proceso contencioso administrativo se regirá por lo contemplado en el artículo 169 de la Ley 906 de 2004

SECCIÓN TERCERA

- Se condenó al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por la muerte de un periodista a manos de un grupo de autodefensas (paramilitares), ya que se demostró la falla en la prestación del servicio atribuible a las tropas del Ejército Nacional asentadas en el municipio de Arauca, quienes facilitaron la ocurrencia del hecho dañoso
- Se condenó a la Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Ministerio del Interior, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Salud, Ministerio de Educación y Ministerio de Trabajo por los perjuicios sufridos de cuenta de un establecimiento de comercio que se vio afectado ante la ocupación efectuada por un grupo de desplazados en vía pública de Bogotá e instalaciones del CICR, ya que se demostró que las demandadas incumplieron con los deberes de protección y seguridad que les han sido encomendados (convencional y constitucionalmente) respecto de la población desplazada
- Se condenó al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por los hechos ocurridos en el municipio de Cartagena del Chaira (masacre del Billar) ante la muerte, secuestro y desaparición de varios militares por cuenta del grupo guerrillero de las FARC, ya que se demostró la falla del servicio por la omisión de apoyo aéreo y terrestre, la falta de personal militar, así como la ausencia de armas suficientes para contrarrestar ataques terroristas
- Es procedente la declaración de perjuicios inmateriales por afectaciones o vulneraciones a bienes y derechos de menores convencional y constitucionalmente amparados, cuando estos se han visto

afectados en su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social como consecuencia de su estadía en establecimientos carcelarios, dado que su progenitora ha sido privada injustamente de la libertad

- En casos de privación injusta de la libertad, en ausencia de los presupuestos consagrados en la Ley 270 de 1996 y de la no aplicación del *in dubio pro reo*, fundamentado en la cláusula general de responsabilidad -artículo 90 de la Constitución Política-, la reparación solo procederá si se comprueba que hubo una falla del servicio
- Se condena en acción de repetición a Capitán del Ejército Nacional por la ejecución de cinco civiles en el municipio de Yacopí Cundinamarca
- Se conmina a la fuerza pública para que con sus actuaciones no vulnere derechos constitucionalmente protegidos mediante someter a los ciudadanos a torturas, tratos crueles e inhumanos, pues estas no representan la finalidad de la existencia del Ejército Nacional

SECCIÓN CUARTA

- Por falta de motivación y divulgación previa se suspende provisionalmente la resolución del Ministerio del Transporte que fijó los avalúos comerciales para el impuesto de vehículos del año 2016
- No es posible la concurrencia de intereses corrientes y moratorios en la devolución del pago de lo no debido por el lapso comprendido entre la fecha en que se notifica el acto que niega la devolución y la fecha de ejecutoria de la sentencia
- Cuando la venta de mezcla asfáltica, de acuerdo a su destinatario, es gravada con el IVA, el servicio de transporte también hace parte de la base gravable de la operación
- Es procedente la aplicación simultánea de la presunción de ingresos por consignaciones bancarias en cuentas de terceros o en cuentas no registradas en la contabilidad con la presunción de ingresos por omisión del registro de compras

SECCIÓN QUINTA

- Se admite demanda y se niega suspensión provisional del acto de elección del señor Jairo Miguel Torres Oviedo como rector de la Universidad de Córdoba
- No se repone auto que decretó la suspensión provisional del Acuerdo 009 de 2015, a través del cual se eligieron a los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno y Administración de la Rama Judicial
- Se confirma auto dictado en audiencia inicial, por medio del cual se declaró no probada la excepción de inepta demanda por falta de integración del petitum

SALA DE CONSULTA

- La prórroga de cualquier contrato celebrado por una entidad estatal debe obedecer, no solamente a la voluntad de las dos partes, sino en especial, a la decisión consciente, informada, razonada y deliberada de la entidad pública contratante, luego de evaluar las opciones jurídicas que tenga a su disposición en cada caso, con relación a la terminación o a la continuación del contrato y de analizar cuidadosamente sus costos, riesgos, ventajas y, en general, sus pros y contras. Por lo tanto, no puede considerarse que la prórroga de los contratos estatales constituya un derecho del contratista
- Están inhabilitadas para proponer y contratar con las entidades estatales colombianas las personas naturales que sean condenadas en Colombia o en el extranjero por la comisión de cualquiera de los hechos ilícitos que en Colombia son calificados como delitos contra la Administración Pública y cuya pena sea privativa de la libertad, o por el delito de soborno transnacional, con excepción de los delitos culposos. Esta inhabilidad se aplica también a las sociedades en las que dichas personas sean socias (que incluye sus sucursales), a sus matrices y a sus subordinadas
- Cuando la Nación decida hacer uso de su facultad de terminar unilateral y anticipadamente un contrato de estabilidad jurídica, conforme a lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 963 de 2005, dicho contrato no puede entenderse terminado sino el día siguiente a la fecha en la que quede en firme el acto administrativo que ordena su terminación

NOTICIAS DESTACADAS

El magistrado auxiliar, Gonzalo Andrés Pérez Medina, del despacho del Doctor Guillermo Sánchez Luque, será el próximo conferencista en el espacio Consejo de Estado en Línea: De cara al país, que tendrá lugar este jueves 10 de marzo a partir de las 10:00 a.m.

EL Doctor Pérez abordará el tema “Causalidad e imputación, elementos concurrentes en el juicio de responsabilidad extracontractual del Estado?”.

La videoconferencia será transmitida por la página de la Corporación, www.consejodeestado.gov.co, además, podrá hacer llegar sus preguntas al correo conferencias@consejoestado.ramajudicial.gov.co o a la cuenta de twitter @consejodeestado.

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 **2016**, 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

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente
JORGE O. RAMÍREZ RAMÍREZ
Vicepresidente

Sala de Gobierno

Roberto Serrato Valdés
Presidente Sección Primera
Sandra Lisset Ibarra Vélez
Presidente Sección Segunda
Ramiro Pazos Guerrero
Presidente Sección Tercera
Martha Teresa Briceño
Presidenta Sección Cuarta
Lucy Bermúdez Bermúdez
Presidenta Sección Quinta
Germán Bula Escobar
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Liliana Becerra Gámez
Relatora Sección Primera

**Gloria Cristina Olmos y
José Orlando Rivera**
Relatores Sección Segunda

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

John Alirio Pinzón Pinzón
Relator Sección Cuarta

Jacqueline Contreras
Relatora Sección Quinta

María A. Pulido Barreto
Relatora Sala de Consulta

**Carolina Valenzuela, Ingrid
Viasus y Blanca Salazar**
Relatoras Acciones
Constitucionales

Coordinación General

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

Jefe de Divulgación

- **Nancy Torres Leal**
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2117