

**BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO**República de Colombia
Consejo de EstadoNo 159- Febrero 20 de 2015
BOGOTÁ, COLOMBIAwww.consejodeestado.gov.co**EDITORIAL**

La Sección Tercera del Consejo de Estado realizó un documento que recoge los casos más emblemáticos en materia de violación a los Derechos Humanos (DD.HH) y del Derecho Internacional Humanitario (DIH), en el cual se reseña el trabajo jurisprudencial que ha permitido determinar la responsabilidad del Estado y de los miembros de grupos armados ilegales en conductas que atentan contra tales derechos.

El documento fue elaborado con ocasión de la visita a nuestra Corporación de fiscales de la Corte Penal Internacional (CPI), quienes se reunieron con la Presidenta, María Claudia Rojas Lasso, la Vicepresidenta, Martha Teresa Briceño de Valencia, y los integrantes de la Sección Tercera.

El propósito de la visita protocolaria fue conocer la jurisprudencia de la Sección Tercera que se ha proferido en favor de la protección de los DD.HH y del DIH, en el marco del conflicto armado interno.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

LEY 1437**Contenido:**

Editorial	1
Jurisprudencia del Consejo de Estado al día	
Ley 1437	1-3
Acciones de tutela	3-8
Sección Primera	9-11
Sección Segunda	11-14
Sección Tercera	14-21
Sección Cuarta	21-27
Sección Quinta	28-31
Sala de Consulta	32-33
Índice	34-37
Noticias destacadas	38

1. No es posible extender los efectos de una sentencia de la Corte Constitucional a través del mecanismo de extensión de la jurisprudencia.

Síntesis del caso: *Se promovió acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", con el fin de obtener la protección del derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado -por aquella autoridad judicial- con ocasión de la denegatoria de la solicitud de extensión de la jurisprudencia relativa a la indemnización integral por el desplazamiento forzado. Negación que se sustentó, entre otras razones, en lo relativo a que no se invocaron las sentencias de unificación del Consejo de Estado sobre el tema aducido.*

El apoderado de los peticionarios calificó la decisión enjuiciada como una "vía de hecho", por desconocimiento del precedente, sustentando su afirmación en las sentencias C-634 y C-816 de 2011, dado que en ellas, la Corte Constitucional señaló que para la aplicación del mecanismo también debía tenerse en cuenta, y con carácter preferente, su jurisprudencia de unificación.

Extracto: “¿Es posible extender los efectos de una sentencia de la Corte Constitucional a través del mecanismo descrito en esta providencia? Pues, atendiendo lo reseñado en este acápite y en los desarrollados previamente, la Sala anticipa que la respuesta a esta pregunta es negativa, como se pasa a explicar. Es cierto que los precedentes de la Corte Constitucional poseen fuerza vinculante, tanto para las autoridades administrativas como para las judiciales. No obstante, ello no constituye razón suficiente para determinar que con solo invocarse una providencia de la Corte pueda obtenerse el reconocimiento de un derecho subjetivo por medio del mecanismo de extensión de la jurisprudencia. El primer y más elemental argumento que sustenta esta tesis deviene del hecho de que la Corte no lo expresó así en ninguna de las providencias que se pronunciaron sobre la constitucionalidad del mecanismo, ni tampoco se desprende que en la ratio decidendi de estas pudiera contenerse una hipótesis de tal magnitud. Luego, mal haría el juez contencioso al determinar el alcance de los pronunciamientos del juez constitucional, pues no es una función que sea de su competencia. El segundo argumento gravita en torno a la naturaleza misma de las providencias que emanan de la Corte. Así, tratándose de sentencias de constitucionalidad, el mandato contenido en estas se sustrae de cualquier tipo de situación jurídica que pretenda limitarlo. Cuando este órgano se pronuncia sobre la exequibilidad de una norma, las precisiones decantadas sobre ella y su estatus dentro del ordenamiento jurídico quedan imbuidos de la interpretación y de la decisión que al respecto adopte. Por ende, la incidencia de un fallo de constitucionalidad escapa a la órbita del mecanismo de extensión de la jurisprudencia, pues su acatamiento se entiende como un mandato imperativo, que no necesita una vía específica para su materialización. El tercer argumento guarda relación con las providencias de tutela y el reconocimiento de derechos. Al respecto, hay que puntualizar que, según lo ha dispuesto la propia Corte, las decisiones producidas en este tipo de proceso, por regla general, tienen efectos inter partes y solo ese Alto Tribunal puede modular sus sentencias para darles un efecto diferente. Bajo ese entendido, una decisión con efectos modulados por parte de la Corte, en la que se reconozca un derecho no requiere de otro instrumento jurídico -como el que se estudia- para que la convalide. Así mismo, si la Corte en un fallo de tutela (bien sea tipo T o SU) no hizo extensivos sus efectos a terceros, mal podría hacerlo una autoridad administrativa o el mismo Consejo de Estado a través del mecanismo de extensión de la jurisprudencia, pues, de alguna forma, estaría modulando los efectos de una decisión de la Corte, lo cual, por disposición de ese misma autoridad judicial le está vedado. En ese orden de ideas, está claro que el carácter vinculante del precedente de la Corte Constitucional debe orientar el mecanismo en comento, pero ello no releva al interesado de la obligación de invocar una sentencia de unificación del Consejo de Estado para ese propósito, tal y como lo expresó el Consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez, en auto de ponente de 15 de enero de la pasada anualidad”.

“(...)”

“a través del mecanismo en cuestión no es posible extender los efectos de una decisión proferida por la Corte Constitucional, mucho menos en materia de tutela, cuando es ese mismo órgano el único que tiene facultades para hacer extensivos los efectos de un fallo de esta naturaleza, a través de las distintas figuras modulativas del decisum. Por otro lado, del plenario se advierte que los tutelantes no invocaron como desconocida ninguna sentencia de unificación del Consejo de Estado, ni cualquier otra de esta Corporación relacionada con la reparación por desplazamiento forzado. Así las cosas, al no reunirse las condiciones para que se pueda acceder al amparo deprecado por la parte accionante, sin mayores consideraciones, esta Sala procederá a confirmar el fallo del 12 de agosto de 2014, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que denegó las pretensiones de la demanda de tutela”.

Sentencia de 5 de febrero de 2015, Exp. 11001-03-15-000-2014-01312-01(AC), M.P. LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ. Sección Quinta

2. Se establece cuál es la conducta procesal exigida al demandante, de conformidad con lo establecido en el literal g) del numeral 1° del artículo 277 del C.P.A.C.A., so pena que se decrete la terminación del proceso por abandono.

Síntesis del caso: *La Consejera Ponente, mediante auto de 12 de diciembre de 2014, resolvió terminar por abandono, el proceso de Nulidad Electoral, adelantado por Eduar Eccehomo Torres Mosquera. Para sustentar esta decisión, adujo que el demandante tenía la carga de cumplir lo dispuesto en el literal g) del numeral 1 del artículo 277 del C.P.A.C.A., es decir, aportar la publicación de los avisos por una vez en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral, dentro de los 20 días siguientes a la notificación personal del auto admisorio al Ministerio Público.*

Extracto: “(...) una primera interpretación de la norma transcrita, la meramente literal, llevaría a pensar que la conducta procesal del demandante, so pena de declarar terminado por abandono su proceso, debe consistir en acreditar ante el juez electoral que se realizó la publicación de los avisos, es decir, sin que al efecto fuese suficiente con haberlos publicitado dentro del término de 20 días a que se refiere la norma, toda vez que se hace necesario así demostrárselo a la autoridad judicial. Para la Sala, esa no debe ser la lectura de la disposición objeto de estudio ya que para darle sentido hay que acudir a la finalidad que la misma persigue. En efecto, lo que pretende el legislador es que se logre la notificación a los demandados y que aquellos, con fundamento en esta, procedan a contestar la demanda, trabando la litis y la controversia del litigio. Es por lo anterior que resulta de la mayor relevancia el hecho de que el acto jurídico procesal de la publicación del aviso hubiese logrado su cometido, propósito o finalidad. No de otra forma se explica que la demanda fuera contestada por el Representante a la Cámara José Bernardo Flórez Asprilla, tal y como se observa a folios 491 y s.s. del expediente principal. Nótese como la norma asume que todos los afectados con la admisión de la demanda deben tener conocimiento de tal circunstancia (inicio del proceso) con la sola publicación de los avisos, y se espera de ellos que, en tiempo, procedan a radicar su escrito de contestación en el que se presenten sus argumentos de defensa. Si esto es así, mal podría el aviso tener efectos vinculantes para las partes y para terceros, es decir, para todos, pero no para el juez electoral. Es por lo anterior que en estos eventos se hace necesario que la Secretaría, inmediatamente vencido el término de los 20 días a que se refiere el literal g) del numeral 1° del artículo 277 del C.P.A.C.A., informe de esta circunstancia al Despacho Ponente, con el fin de que este, de inmediato, proceda a requerir al demandante la acreditación de la publicación de los avisos. De todos modos, en todos los casos, la publicación en prensa debe haberse hecho dentro del término legal de los 20 días previstos en la norma precitada. El demandante, entonces, podrá acreditar tal circunstancia en el término concedido para el efecto. Ahora, si el actor no responde a tal requerimiento o la fecha de la publicación excede el término precitado en el párrafo anterior, ahí sí, válidamente, podría darse por terminado el proceso”.

Auto de 29 de enero de 2015. Exp. 11001032800020140010700 M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO (E). Sección Quinta

ACCIONES DE TUTELA

1. Se amparó el derecho fundamental al debido proceso de la Corporación Deportes Quindío S.A.

Síntesis del caso: *La Corporación Deportes Quindío S.A., promovió acción de tutela contra el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Armenia y el Tribunal Administrativo del Quindío, para que se le amparara su derecho fundamental al debido proceso; en consecuencia, solicitó que se dejaran sin efectos las sentencias del 28 de febrero y el 18 de diciembre de 2013, así como, el auto de 2 de abril de 2014, proferidas por las mismas, en el trámite de la acción popular iniciada contra el Municipio de Armenia, el Concejo Municipal, la Personería Municipal, la Contraloría Municipal y la Corporación Deportes Quindío.*

La acción popular se había instaurado con la finalidad de que se ampararan los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y a la libre competencia económica, vulnerados con ocasión de la cesión del uso y goce de la “ficha deportiva” por parte del Municipio de Armenia a la Corporación Deportes Quindío S.A. Lo anterior, teniendo en cuenta que el contrato de comodato se había pactado sólo por el término de dos (2) años, sin que una vez vencido el mismo la Corporación Deportes Quindío S.A. restituyera el bien cedido, ni la administración municipal requiriera su devolución.

Extracto: “La Sala procede a estudiar el fondo del asunto a efectos de determinar si en el presente caso las autoridades judiciales accionadas vulneraron los derechos fundamentales de la parte actora, al conceder las pretensiones de la acción popular instaurada en su contra por el señor Obando Roa y, especialmente, al ordenar la restitución de los bienes entregados en comodato por parte de la Corporación Deportes Quindío a la Empresa Industrial y Comercial del orden municipal denominada Club Deportivo Atlético Quindío o, en su defecto, al municipio de Armenia, entidad territorial de derecho público... Analizados los hechos que fundamentan esta acción y las pruebas obrantes en el expediente, la Sala encuentra que el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Armenia y el Tribunal Administrativo del Quindío, al dictar los fallos de 28 de febrero y 18 de diciembre de 2013, vulneraron el derecho al debido proceso de la Corporación Deportes Quindío S.A., en razón a que desconocieron los siguientes argumentos: Que el Club Deportes Quindío actualmente está constituido como una sociedad anónima, tal y como lo exigen las disposiciones estatutarias y legales para acceder a la afiliación a la DIMAYOR, de manera que ningún objeto tendría una orden en el sentido de cambiar la naturaleza jurídica o el tipo societario, desconociendo la expresa prohibición legal. Que existe una prohibición expresa de que los municipios, así como cualquier entidad pública sean propietarios de clubes deportivos profesionales, por lo que el cumplimiento de una orden judicial de restituir el derecho de afiliación a una Empresa Industrial o Comercial de orden municipal o al ente territorial municipio de Armenia, no sólo implicaría el desconocimiento de la ley sino que impondría a la DIMAYOR la carga de afiliar y dar participación en los torneos a un equipo sin el lleno de los requisitos establecidos por la ley y por los estatutos de dicha entidad, lo cual resulta contrario a los claros principios constitucionales y legales que se dejaron expuestos... de conformidad con las pruebas documentales allegadas a la actuación, el Club Deportes Quindío actualmente cumple con los requisitos establecidos para estar afiliado a DIMAYOR como son: (i) estar constituido como corporación o sociedad anónima; (ii) estar constituido como organización deportiva; (iii) haber obtenido reconocimiento deportivo; (iv) sostener un equipo de fútbol profesional y (v) haber sido aprobado por la Asamblea de la DIMAYOR como miembro. Adicionalmente, cumple con los requisitos legales para ser equipo profesional de fútbol, tales como tener capital suscrito y pagado mínimo de 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y su propietario no es una entidad del orden territorial, toda vez que los clubes deportivos profesionales son organismos de derecho privado...observa la Sala que en el sub examine el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta que el Club Deportes Quindío actualmente cumple todos los requisitos exigidos por los estatutos de la DIMAYOR y las leyes reguladoras de la materia, en cuanto a su naturaleza jurídica, y por lo mismo, ostenta la calidad de afiliado. En consecuencia, resultaría totalmente contrario al ordenamiento jurídico superior y vulneratorio de la teleología de las normas jurídicas que inspiraron la reforma legal que dispuso la naturaleza jurídica que deben tener los clubes que tengan deportistas profesionales, por lo que la orden no puede cumplirse... para la Sala es claro que también se desconoció el derecho al debido proceso de la DIMAYOR, toda vez que no sólo se le dio una orden directa en un proceso en el cual ni siquiera fue vinculada, sino que se le impone aceptar un equipo de fútbol en el torneo, desconociendo que para ello existen unos requisitos y exigencias cuyo cumplimiento debe verificar la Asamblea General de Afiliados... 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 revocar la decisión objeto de impugnación, para en su lugar, conceder el amparo deprecado por la actora”.

SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2014. EXP. 11001-03-15-000-2014-00878-01(AC) M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO

2. Indebida notificación de la sentencia al Municipio de Bucaramanga vulneró sus derechos fundamentales de defensa, contradicción y acceso a la administración de justicia.

Síntesis del caso: *La actora señaló que es la apoderada del Municipio de Bucaramanga en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, adujo la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, en razón, a la ausencia de notificación de la sentencia proferida el día 21 de mayo de 2014. La actora pone de presente haber establecido un correo electrónico como buzón de notificaciones, sin embargo, por error de digitación en el juzgado, la notificación fue enviada a un correo inexistente, imposibilitando el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción.*

Extracto: “Corresponde a la Sala establecer si el Juzgado Once Administrativo de Bucaramanga al notificar la sentencia de 21 de mayo de 2014 proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Mayorga Rodríguez contra el Municipio de Bucaramanga, incurrió en un defecto procedimental que haga procedente el amparo de tutela... De esta forma, la notificación cumple dentro de cualquier proceso judicial un doble propósito: de un lado, garantiza el debido proceso permitiendo la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción, y de otro, asegura los principios superiores de celeridad y eficacia de la función judicial al establecer el momento en que empiezan a correr los términos procesales. inciso 2, numeral 1 del artículo 291 del Código General del Proceso dispone, que las entidades públicas se notificaran de las sentencias que se profieran por fuera de audiencia conforme lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, es decir al buzón electrónico dispuesto para notificaciones judiciales... No obstante, frente a la comunicación realizada a la apoderada de la entidad, es importante resaltar que la Doctora Ballesteros Pinzón en la contestación de la demanda del proceso ordinario, le informó al Juzgado Once Administrativo de Bucaramanga que recibía notificaciones en el despacho o a través del correo electrónico alcaldíaballesteros@gmail.com. Sin embargo, revisada la notificación efectuada por el juzgado accionado a la abogada del Municipio de Bucaramanga se evidencia que la comunicación fue dirigida al buzón alcaldíabasteros@gmail.com, el que según la constancia de recibido no existe, por lo que se colige que el Juzgado Once Administrativo de Bucaramanga tuvo conocimiento de la imprecisión al momento de efectuar la notificación de la sentencia, no habiéndose surtido la comunicación en debida forma... En atención a las anteriores consideraciones, se revocará la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander que negó el amparo solicitado por la apoderada del Municipio de Bucaramanga, y en su lugar se tutelaran los derechos de defensa, contradicción y acceso a la administración de justicia del Municipio de Bucaramanga ante la imposibilidad de la apoderada de ejercer en defensa de la entidad, los recursos contra la decisión que le fue contraria a sus intereses, y se ordenará al Juzgado Once Administrativo de Bucaramanga que proceda a notificar a la abogada Ballesteros Pinzón en su condición de apoderada de la Alcaldía de Bucaramanga al correo electrónico por ella suministrado en la contestación de la demanda”.

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2014. EXP. 68001-23-33-000-2014-00782-01(AC) M.P GERARDO ARENAS MONSALVE

3. EPS deberá suministrar medicamento cuyo uso no se encuentra prescrito en el listado del registro sanitario INVIMA para el tratamiento de la enfermedad de Neuromielitis Óptica.

Síntesis del caso: *En ejercicio de la acción de tutela, la actora pretende el suministro del medicamento Rituximab 500mg en ampolla, en la cantidad y periodicidad ordenada por el médico especialista; el cual, resulta necesario para tratar la enfermedad de Neuromielitis Óptica y garantizar su derecho a la vida digna. Aduce, que la entidad prestadora de salud ha negado el suministro argumentando que dentro de la lista de enfermedades tratables con este medicamento del registro sanitario INVIMA, no se encuentra el padecimiento de la actora.*

Extracto: “La jurisprudencia constitucional, sobre ese particular ha señalado que existen eventos donde es preciso inaplicar el plan de beneficios en materia de salud cuando se amenacen o vulneren derechos fundamentales, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos tales como (i) que la falta del medicamento o tratamiento, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del paciente, (ii) que no exista otro medicamento o tratamiento que pueda ser sustituido por el excluido, (iii) que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento, y

(iv) que el medicamento haya sido prescrito por el médico tratante adscrito a la entidad prestadora de salud, o que si lo fuere por un médico externo, la entidad que conoce la historia clínica particular de la persona al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarte con base en criterios médico- científicos... Es procedente el amparo constitucional pues si bien el medicamento no integra el listado general del plan de beneficios de salud para esa enfermedad, y pese a tener registro sanitario con indicación terapéutica para el tratamiento de patologías diferentes a las diagnosticadas a la paciente, se acreditó que en el presente asunto la vida de la actora se encuentra en peligro, pues los tratamientos a los que ha sido sometida no han surtido tratamiento, y además, no obra prueba en el expediente de que otra medicina pueda ser suministrada con los mismos efectos favorables de la recetada por el galeno.”

Sentencia de 10 de diciembre de 2014, Exp. 11001-03-15-000-2014-02956-00(AC), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN

NOTA DE RELATORIA: En hechos similares a los expuestos en el caso precedente, puede consultarse la sentencia del 2 de diciembre de 2014, en la cual, la misma Subsección de la Sección Segunda de la Corporación, decidió amparar los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social del tutelante, ordenando el suministro del medicamento GEMCITABINA Y OXALIPLATINO para el tratamiento de la enfermedad de cáncer (tumor maligno de testículo).

Adicionalmente, es preciso señalar que al interior de esta providencia, se realiza una explicación de los aspectos a tener en cuenta para la declaración negativa de una solicitud de suministro de medicamentos sin registro sanitario INVIMA.

Sentencia de 2 de diciembre de 2014, Exp. 11001-03-15-000-2014-03039-00(AC), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN

4. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca debe proferir un nuevo fallo, en proceso de responsabilidad por lesiones causadas en accidente de tránsito con vehículo y agente del Ejército Nacional. Para el efecto, deberá aplicar la presunción de ingresos por un SMLMV en el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

Síntesis del caso: Se ejerció acción de tutela contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por considerar que la misma, vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la prevalencia del derecho sustantivo y el “derecho a ser indemnizado integralmente por el total de los perjuicios irrogados”, en consecuencia, se pretende que se deje sin efectos, dado que es procedente el reconocimiento de los perjuicios materiales con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Extracto: “En eventos como estos, en el que concurre la prueba plena del daño, más no de la cuantía del perjuicio, resulta imperativo para el operador judicial realizar una condena en abstracto, la cual procede, como evidentemente ocurre en el sub examine cuando únicamente faltan las pruebas necesarias para establecer la cuantía para condenar en concreto, de manera que en el incidente se establece el monto de la condena... En relación con el segundo argumento, considera la Sala que si bien no se presentó una indebida valoración probatoria, derivada de la apreciación de la prueba con la cual se pretendía demostrar la pérdida de la capacidad laboral, si se advierte que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca desconoció el antecedente del Consejo de Estado, de conformidad con el cual el principio de reparación integral del daño antijurídico conlleva la presunción de que el lesionado tenía la posibilidad de realizar una actividad lucrativa devengando un salario mínimo legal mensual vigente... No cabe duda entonces del desconocimiento por parte de la autoridad accionada del antecedente que ha sido consagrado en una línea jurisprudencial clara, lo que implica la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del actor”.

Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Exp. 11001-03-15-000-2014-02706-00(AC), M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO

5. El juez de tutela debe verificar y garantizar que el derecho al debido proceso de las personas jurídicas, en procesos sancionatorios del derecho cambiario, no sea vulnerado bajo ninguna circunstancia.

Síntesis del caso: La sociedad El Espacio pretende que se revoque la providencia judicial proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto considera que la infracción al régimen cambiario que le fue imputada (canalización indebida) y, en consecuencia, la sanción interpuesta resultan excesivas. Lo anterior, teniendo en cuenta que la falta cometida fue la de obtener créditos para financiar exportaciones de una entidad financiera no autorizada por el Banco de La República.

Extracto: “Dentro de los derechos fundamentales, susceptibles de amparo, respecto de las personas jurídicas, se encuentra el derecho fundamental al debido proceso, que según el artículo 29 de la Carta Política y, nuestro tribunal constitucional, se estructura sobre la base de elementos como el de tipicidad y proporcionalidad... Esta circunstancia se encuadra en una problemática de tipicidad de la conducta, porque la Sección Primera del Consejo de Estado la enmarcó en una prohibición que en realidad describe otro comportamiento, y aunque tienen gran parecido no se trata del mismo tipo sancionatorio... Cabe aquí aseverar que para la efectividad del principio de legalidad los tipos no solo deben describirse con claridad en la ley, sino que debe ser clara su aplicación. Recuérdese que el principio de legalidad incluye el de tipicidad, y a su vez se apoya en el principio seguridad jurídica, que permite a las personas actuar con conciencia de las consecuencias de sus actos... En conclusión, en sentir de la Sala, en la providencia del Consejo de Estado, Sección Primera se incurrió en defecto sustantivo, porque la infracción al régimen cambiario en que efectivamente incurrió la sociedad accionante, no encaja en la causal prevista en el artículo 3º, literal h) del Decreto 1074 de 1999... La adecuación de la conducta no resultó acertada, porque la parte actora infringió el artículo 24 de la Resolución Externa 8 de 2000, al obtener créditos para financiar exportaciones, de una entidad financiera no autorizada por el Banco de La República, conducta que se encaja en la causal genérica consagrada en el literal aa) del artículo 1º del Decreto 1074 de 1999, como lo concluyó el Juez ordinario de primera instancia... Se amparará el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad EL ESPACIO J. ARDILA C S A (en liquidación), para lo cual, se dejará sin efectos la providencia del 9 de diciembre de 2010, proferida por el Consejo De Estado, Sección Primera... y, en su lugar, se mantendrá en firme la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A.”

[Sentencia de 5 de febrero de 2015, Exp. 11001-03-15-000-2011-00838-01\(AC\), M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ](#)

6. Concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por sí mismo, no vulnera derechos fundamentales, en razón a que no goza de fuerza jurídica vinculante.

Síntesis del caso: El actor pretende que se deje sin valor, ni efectos jurídicos el Concepto del 29 de abril de 2014, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el que se resolvió la consulta formulada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, sobre la vigencia de las disposiciones de la Ley 1437 de 2011.

Aduce que el criterio señalado en el concepto sobre el pago de intereses moratorios, repercutió de manera negativa en la negociación de la cesión de derechos que venía adelantando con la Sociedad Legal Business Financiera S.A.S., dada la necesidad de disponer de manera inmediata de la indemnización.

Extracto: “Se considera que la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, no incurrió en las conductas que le imputa el accionante como constitutivas de trasgresión de derechos fundamentales. Tal conclusión se sustenta en las siguientes consideraciones: i) Según las consideraciones antes referidas, el concepto que emitió la autoridad demandada no es un acto administrativo como tal, ni una providencia judicial en estricto sentido y, en consecuencia, no tiene fuerza jurídica vinculante para la entidad que lo

solicitó y, mucho menos, para la sociedad Legal Business Financiamiento S.A.S. o cualquier otra persona natural... ii) El Concepto, entonces, no es una causa efectiva de violación de los derechos fundamentales, ya que las situaciones que se alegan para sustentar la demanda no son consecuencia efectiva del concepto demandado, pues, se insiste, como concepto no tiene la capacidad jurídica para modificar ninguna situación jurídica concreta, debido a que no es vinculante para ninguna persona. El concepto, acudiendo a su significación, no es más que la manifestación de las opiniones técnico-jurídicas de una autoridad investida de funciones asesoras o consultivas. Recuérdese que la tutela busca el amparo de los derechos subjetivos, como lo son los derechos fundamentales, lo que impone determinar una causa eficiente del daño, esto es, del desconocimiento de aquellos derechos. Y en esas circunstancias, lo era el acto administrativo o la providencia que liquida los intereses, siempre que no exista otro medio judicial efectivo para discutir la diferencia. Si el demandante considera que se le causaron perjuicios de orden económico debe acudir ante el juez de la jurisdicción ordinaria para que éste determine si existe un incumplimiento contractual por parte de la sociedad Legal Business Financiamiento S.A.S y, con fundamento en tal determinación, establezca la manera de resarcir los que se hubieran podido ocasionar”.

Sentencia de 5 de febrero de 2015, Exp. 11001-03-15-000-2014-02268-00(AC), M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

7. Es procedente, de manera transitoria, la acción de tutela interpuesta por ex funcionarios del DAS y de la Contraloría General de la República, puesto que se presenta inminente peligro de vulneración de derechos fundamentales y no es posible la interposición del mecanismo idóneo por el cese de actividades de la Rama Judicial.

Síntesis del caso: En el caso bajo estudio, los actores pretenden la protección de sus derechos a la igualdad, debido proceso, trabajo, mínimo vital, salud y seguridad social, los cuales, se han visto afectados por la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, así como, por la desvinculación de la planta transitoria de personal de la Contraloría General de la República, esto último, consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 15 de la Ley 1640 de 2013.

Extracto: “Con la nueva normativa prevista a partir del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no solo se configuró un sistema plural de medidas cautelares, sino que se exigió al Juez analizar de manera más sustancial la petición de su decreto, decantando, además, de mejor manera los requisitos que en la doctrina se conocen como *humus boni iuris*, o apariencia de buen derecho; *periculum in mora* peligro por la mora; y ponderación de intereses... La Sala advierte que los accionantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, situación que conlleva a que la acción de tutela en el caso bajo estudio se torne improcedente... Sin embargo, no puede la Sala pasar inadvertido el momento coyuntural por el que atraviesa la administración de justicia desde el mes de octubre del año en curso, en relación con el cese de actividades por motivo del paro judicial adelantado por Asonal Judicial, situación, que impide por ahora el pronto acceso a una tutela judicial efectiva a cargo del juez administrativo al interior del respectivo proceso ordinario, razón por la cual, si bien como se dijo en líneas anteriores la acción de tutela bajo estudio se torna improcedente, se emitirá pronunciamiento de fondo frente a la situación fáctica expuesta, única y exclusivamente por la circunstancia previamente señalada... Configura +una flagrante vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, razón por la cual, la Sala ordenará su amparo de manera transitoria, hasta tanto se supere el cese de actividades por paro judicial, teniendo en cuenta el término y las condiciones legalmente establecidas para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con las disposiciones del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 y con sujeción estricta al término de caducidad para citado medio, so pena de que cesen los efectos de la presente protección”.

Sentencia de 3 de diciembre de 2014, Exp. 25000-23-36-000-2014-01000-01 Y ACUMULADOS (AC), M.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

SECCIÓN PRIMERA

1. Toda circular, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa se encuentra sujeta al control de los jueces, en aras de una más efectiva garantía del principio de Estado de Derecho.

Síntesis del caso: Se revoca la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de ausencia de acto sujeto al control de legalidad y en su lugar se niega la pretensión de nulidad de la Circular No. 00060 de 3 de febrero de 2012, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, que prevé que el tiempo dedicado a los descansos de los alumnos corresponde a una actividad curricular complementaria que no puede ser incluida dentro de las horas efectivas de clase de 60 minutos que deben recibir los estudiantes y que constituye la asignación académica de los docentes.

Extracto: Pese a la validez de la interpretación tradicional, la Sala estima que a la vista del cambio operado en el orden contencioso administrativo a partir de la entrada en vigor del CPACA y de las visibles transformaciones en los modos de actuación de la Administración, cada vez más proclive al uso de instrumentos blandos o atípicos (desde la perspectiva clásica del acto administrativo), resulta procedente replantearse esta postura. El alcance restrictivo del control judicial a cargo de los jueces de la Administración prohijado por la línea jurisprudencial en cuestión, así como el efecto de crear una suerte de inmunidad jurisdiccional a favor de actos que pese a ser expresión de la función administrativa presentan solo efectos orientativos, instructivos o informativos al interior de la Administración (ad intra) o hacia los particulares (ad extra), y el hecho de encerrar un desconocimiento de la regla hermenéutica según la cual todos los enunciados jurídicos deben interpretarse de tal forma que produzcan un efecto útil y que esta clase de interpretaciones debe preferirse sobre aquellas que supongan una redundancia en las disposiciones de la ley, llevan a la Sala al convencimiento de que es preciso replantearse dicha posición y entender que en virtud de lo previsto por el artículo 137 CPACA toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial... el sometimiento de cualquier manifestación de la Administración Pública al control del contencioso no puede depender únicamente de que se afecten situaciones jurídicas particulares. En tanto que garante de la constitucionalidad y legalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades administrativas su control deberá extenderse también a aquellas manifestaciones de la función administrativa que pese a proyectar sus efectos únicamente sobre la órbita interna de la Administración o limitarse a informar o a instar a los particulares a una determinada conducta deben también someterse plenamente a la Constitución y la ley. Aun cuando ello constituye una parte esencial de su cometido, el papel del contencioso administrativo no se limita exclusivamente a la tutela de los derechos individuales de los particulares. Al envolver un aspecto determinante para la realización de los principios y valores establecidos por la Constitución, así como para el cabal desarrollo y garantía de los derechos colectivos, sociales e individuales reconocidos por la Carta, la guarda de la integridad del orden jurídico es también una misión irrenunciable a cargo de la jurisdicción

[Sentencia de 27 de noviembre de 2014, Exp. 05001 23-33-000-2012-00533-01 M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. Medio de control de nulidad.](#)

NOTA DE RELATORÍA: Cambio de jurisprudencia.

2. Se vulnera el derecho a la igualdad al prohibirse para algunos miembros de la Policía Nacional el uso del bigote.

Síntesis del caso: *Se demanda el aparte del numeral 9 del artículo 4° de la Resolución 02495 del 25 de agosto de 1997, mediante la cual el Director General de la Policía Nacional expidió “el Reglamento de Uniformes, Insignias, Distintivos, y Condecoraciones para el personal de la Policía Nacional”; en cuanto contempla que “...Únicamente podrán usar bigote los oficiales desde el grado de capitán, los suboficiales y personal del Nivel Ejecutivo a partir de sargento segundo o intendente respectivamente.”*

Extracto: La Policía Nacional es una entidad con una estructura jerarquizada, en la que miembros de inferior rango están subordinados a mandos superiores. Precisamente, ello cobra sentido en la medida en que la entidad, junto con las fuerzas militares, cumple una función especial dentro del Estado, en la que desarrolla el ejercicio del monopolio de la fuerza pública, obligándose a cumplir con los más altos estándares de disciplina entre sus miembros, para garantizar que puedan ser verdaderos representantes de autoridad frente a la población civil y mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y de las libertades públicas de los habitantes del territorio nacional. Sin embargo, lo anterior no justifica que unos miembros de la Policía Nacional puedan usar bigote y otro no, como lo señala arbitrariamente la disposición acusada... Si bien el derecho a la igualdad no es absoluto, pues existen situaciones en las que los tratos diferenciados se encuentran justificados, lo cierto es que el aparte acusado del artículo 4° de la Resolución 02495 de 1997 (25 de agosto) no se acompasa con los parámetros que para el efecto ha fijado la Corte Constitucional. De hecho, en sentencia T-230 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte Constitucional señaló que un trato diferenciado de dos situaciones de hecho no es discriminatorio siempre que: i) los hechos sean distintos, ii) la decisión de tratarlos de manera diferente se funde en un fin aceptado constitucionalmente y iii) la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y adecuada. En el presente caso la Sala considera que el aparte acusado del artículo 4° de la Resolución 02495 de 1997 (25 de agosto) viola el derecho a la igualdad, pues sin justificación constitucional, que no haga arbitrario el mandato demandado, impide a algunos miembros de la Policía Nacional usar bigote mientras que a otros se lo permite.

Sentencia de 16 de octubre de 2014, Exp. 11001-03-24-000-2008-00151-00, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad.

3. Por el incumplimiento de los compromisos la Superintendencia de Industria y Comercio puede hacer efectiva la póliza otorgada como garantía de suspensión de la conducta que originó una investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

Síntesis del caso: *Seguros Comerciales Bolívar S.A. demanda los actos administrativos por medio de los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio declaró el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Holcim en Resolución 34805 del 23 de diciembre de 2005, consistentes en abstenerse de realizar acuerdos en la fijación directa o indirecta de precios, y de conductas que tengan la intención de impedir el acceso de competidores al mercado del cemento y a sus canales de comercialización; y ordenó hacer efectiva una póliza de cumplimiento.*

Extracto: Del análisis de todas las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio que se pueden observar en los documentos que hacen parte de expediente, así como de la lectura de los actos acusados, la Sala advierte que la Superintendencia trató de probar el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Holcim, al no entregar por escrito los criterios tenidos en cuenta al variar los precios de sus productos, documento que según la Superintendencia debería estar fechado con anterioridad al aumento o disminución de los precios y no que haya tratado de probar si realmente Holcim incurrió en prácticas restrictivas de la competencia, esto por cuanto, a juicio de la Sala el hecho de cerrar una investigación debido al ofrecimiento de compromisos garantizados por una póliza, era suficiente para entender que ante el primer incumplimiento de cualquiera de los compromisos asumidos por Holcim, estaba habilitado para hacer efectiva la póliza. El Esquema de Seguimiento debía ser atendido con toda exactitud para determinar el cumplimiento continuo y sostenido de los compromisos por parte de Holcim sin que fuera necesario iniciar una nueva investigación ya que precisamente el cumplimiento de las obligaciones aceptadas por Holcim dentro de la resolución garantizaría y daría confianza a la

administración de que no se estuvieran llevando a cabo prácticas restrictivas de la competencia, sin necesidad de abrir una investigación, ya que de lo contrario no tendría sentido aceptar ofrecimientos y garantías para continuar con la misma investigación... Ante la comprobación del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas por parte de Holcim la Superintendencia podía declarar el riesgo amparado y hacer efectiva la póliza de cumplimiento. En efecto, no se trata de un proceso de carácter sancionatorio sino que corresponde a la garantía otorgada por Holcim para el cumplimiento de sus ofrecimientos lo cual tiene un carácter de previsión y amparo de los riesgos que pueden afectar los intereses del estado y de la comunidad en lo que respecta a la libre competencia en el mercado.

Sentencia de 16 de octubre de 2014, Exp. 25000-23-24-000-2007-00111-01, M.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

SECCIÓN SEGUNDA

1. La Sección Segunda del Consejo de Estado profirió sentencia de unificación en el sentido de tener en cuenta, para efectos del reconocimiento de la pensión gracia, el tiempo de servicio prestado como docente hora cátedra.

Síntesis del caso: Solangel Castro Pérez en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 138 del C.P.A.C.A., solicitó la nulidad de la Resolución No. UGM 008316 de 15 de septiembre de 2011, por medio de la cual el Gerente Liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social le negó el reconocimiento de la pensión gracia.

Extracto: El Decreto 259 de 6 de febrero de 1981, “Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Extraordinario 2277 de 1979, en lo relacionado con la inscripción y ascenso en el Escalafón”, con relación al ascenso docente indicó que el educador debería - entre otras, certificar el tiempo de servicio y en el b) indicó que si no fuere docente de tiempo completo, el certificado especificará el número de horas cátedra, es decir, que era posible el cómputo del tiempo de servicio como docente hora cátedra. (...) Sobre el particular la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 24 de agosto de 2000 indicó que era posible tener en cuenta el para efectos del reconocimiento de la pensión gracia el tiempo de servicio prestado como docente hora cátedra y señaló que para su cálculo se daría aplicación al parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985. (...) Así las cosas, la Sala considera que no le asiste la razón al Tribunal que negó las súplicas de la demanda porque a su juicio la vinculación como docente externa de hora cátedra comprendido entre los años 1985 y 1993, no tiene incidencia en el reconocimiento de la pensión gracia por cuanto no medió una vinculación laboral con el Departamento de Sucre, en consecuencia se revocará la sentencia apelada para en su lugar entrar a determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia.

Sentencia de 22 de enero de 2015, Exp. 25000-23-42-000-2012-02017-01(0775-14), M.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia de UNIFICACIÓN proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado.

2. La movilidad del personal no es una facultad del empleador, unilateral y omnimoda, puesto que está limitada por los principios laborales fundamentales del artículo 53 de la Constitución Política y que el empleador para ejercer el ius variandi no tiene una potestad absoluta.

Síntesis del caso: *Diana Alexandra Gutiérrez Hernández en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó la nulidad de la Resolución 2-1048 del 15 de abril de 2004 expedida por el Secretario General la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual aceptó su renuncia al cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos.*

Extracto: Como ya lo ha precisado esta Corporación, el traslado es una facultad que tiene el empleador para alterar las condiciones de trabajo en cuanto a modo, lugar, cantidad y tiempo de labor, en virtud del poder subordinante que tiene sobre sus trabajadores. El uso de este poder no es ilimitado pues debe ejercerse dentro del marco normativo establecido por la Constitución Política, según el cual el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas y acatando los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política. (...) Lo anterior quiere decir que la Entidad debe examinar las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su salud y la de sus allegados, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado, entre otros aspectos, temas constitucionalmente relevantes en la decisión del empleador de ordenar el traslado. Esta Corporación no ha sido ajena a estos postulados y en diversas ocasiones ha reiterado que la facultad del empleador para trasladar a sus trabajadores está limitada por los principios laborales fundamentales del artículo 53 de la Constitución Política y que el empleador para ejercer el ius variandi no tiene una potestad absoluta pues, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, ese poder está determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y de todas maneras habrán de preservarse los derechos mínimos del trabajador.

Sentencia de 20 de octubre de 2014, Exp. 05001-23-31-000-2005-03263-01(3154-13), M.P. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

3. Se declara la nulidad de la sanción disciplinaria impuesta al Subsecretario Técnico de Tránsito y Transporte de Bogotá por el accidente del bus del Colegio Agustiniانو Norte, al encontrarse que la conducta no se encontraba subsumida dentro de la descripción típica del artículo 48, numeral 38 de la Ley 734 de 2002.

Síntesis del caso: *En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Heriberto Triana Alvis solicita la nulidad de los fallos disciplinarios del 14 de noviembre de 2007 y de 28 de octubre de 2008, mediante los cuales el Procurador General de la Nación sancionó al accionante con destitución del cargo de Subsecretario Técnico de Tránsito y Transporte de Bogotá, e inhabilitación para el ejercicio de cargos y funciones públicas por el término de diez (10) años.*

Extracto: De las normas aplicadas por el organismo de control disciplinario y los hechos tenidos en cuenta no se desprende la obligación clara e inequívoca imputada al disciplinado -ahora demandante-; adicionalmente, es imposible exigir al Estado la eliminación de la totalidad de riesgos que implica el tránsito de automotores, actividad que se reitera es considerada como peligrosa para los asociados, y más imposible aún -además de injusto- tratar de hacer responsables a los funcionarios del Estado por todo riesgo que se llegue a materializar, por trágicas y lamentables que puedan ser sus consecuencias. Bajo estas consideraciones, el señor Heriberto Triana Alvis no infringió las funciones asignadas a su cargo, y por ende, no incurrió en una conducta susceptible de ser sancionada disciplinariamente; por tal razón, habrán de ser anulados los actos administrativos enjuiciados, puesto que la conducta del disciplinado no se encuentra subsumida dentro de la descripción típica del artículo 48, numeral 38 de la Ley 734 de 2002 que le fue imputado, y en consecuencia las decisiones demandadas infringieron las normas en las cuales debieron haberse fundado, a saber, los artículos 4°, 5° y 6° de la Ley 734 de 2002 en concordancia con los artículos 6°, 121, 122 y 124 de la Constitución Política, configurándose con ello por consecuencia además una falsa motivación. En este orden de ideas, al no encontrarse responsable al señor Heriberto Triana Alvis de la falta disciplinaria endilgada por la Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas, es innecesario que la Sala efectúe otros exámenes en torno al cargo de violación de las normas en que deberían fundarse los actos administrativos por inexistencia de culpa gravísima y por subjetividad en el análisis de las pruebas.

Sentencia de 27 de noviembre de 2014, Exp. 11001-03-25-000-2010-00196(1486-10), M.P. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

4. En aplicación de la primacía de la realidad sobre las formalidades se encontró probada la existencia de una relación laboral en la contratación de servicios médicos prestados a la Empresa Social del Estado Metrosalud, a través de empresas de servicios temporales.

Síntesis del caso: Establecer si es posible declarar la existencia del contrato realidad entre el demandante y la ESE Metrosalud, en razón de la vinculación a la entidad a través de empresas temporales de servicio.

Extracto: La administración recurrió indebidamente a la contratación con empresas de servicios temporales establecidas en la Ley 50 de 1990 para ocultar una verdadera relación laboral, en contravía de las causales de procedencia previstas en el artículo 77 ibídem, que autoriza esta modalidad de contratación cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias, previstas en el artículo 6 del CST; empero, en el presente caso, fueron contratadas labores permanentes y propias de los empleos existentes en la planta de personal de las entidades públicas, en evidente contradicción al derecho al trabajo, el acceso a empleos públicos, el respecto por las reglas de protección constitucional de las relaciones laborales del servicio público, la primacía de la realidad sobre las formas, y en general, con claro desconocimiento de los principios de la función pública.

Sentencia de 2 de noviembre de 2014, Exp. 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013) M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.

5. Se niega la nulidad del acto que declaró la vacancia del cargo de Concejal de Bogotá, proferido en cumplimiento de la ejecución de la sanción de destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos, por tornarse ésta última en falta absoluta al superar el periodo del cargo, así como por expedirse por funcionario competente.

Síntesis del caso: Corresponde a la Sala definir si la Resolución No. 003 de 18 de febrero de 2005, por medio de la cual el Presidente del Concejo de Bogotá en cumplimiento de la decisión disciplinaria proferida por el Procurador General de la Nación, vulneró el debido proceso y las normas que regulan lo atinente a las inhabilidades e incompatibilidades, y de otro lado, si existió falta de competencia del presidente del concejo distrital al declarar la vacancia absoluta del cargo de concejal de Bogotá D.C. ocupado por el actor.

Extracto: La sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de 5 años que le fue impuesta al demandante tiene su fuente en la ley y particularmente en el Código Único Disciplinario -Ley 734 de 2002-, la cual tiene como destinatarios los servidores públicos aun cuando se encuentren retirados del servicio. Bajo ese entendido Mario Federico Pinedo Méndez, era sujeto disciplinable como Presidente de Ferrovías o concejal. Ahora bien, la falta declarada se tornó absoluta porque al quedar en firme la sanción en su calidad de concejal en ejercicio, la inhabilidad sobreviniente superaba el periodo constitucional para el cual había sido elegido, al tener esta vigencia de 5 años. En conclusión, si bien la sanción accesoria no está enlistada en aquellas señaladas en el artículo 261 de la Constitución, ella tiene su fuente en la ley disciplinaria, lo cual es viable tal y como lo dispone la norma constitucional. La discusión para el actor se presenta al considerar que solo podía ser ejecutada la sanción por el presidente del concejo cuando esta le fuera impuesta a un concejal en tal calidad, sin embargo, esta es una de las posibilidades en que tal función puede ser ejercida. En efecto, otro de los eventos se concreta en situaciones fácticas como la que aquí se estudia, toda vez que la sanción que le fue imputada al concejal quedó en firme cuando se encontraba ejerciendo función pública en un cargo diferente a aquel en el que fue impuesta, siguiéndolo hasta su ejercicio como concejal por la vigencia de la inhabilidad. En ese entendido sí le correspondía hacerla efectiva al presidente de la corporación de acuerdo al numeral 4º transcrito, el cual no la hace efectiva como de la lectura de la norma se extrae, en

calidad de nominador, sino como presidente de la corporación de elección popular, error de interpretación en el que incurre el demandante.

Sentencia de 29 de enero de 2015, Exp. 25000-23-25-000-2005-08212-01 (2046-2007), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.

SECCIÓN TERCERA

1. Criterios para determinar el monto de la indemnización, en caso de siniestro, en un contrato de seguro de transporte.

Síntesis del caso: Empresas Públicas de Medellín y Aseguradoras Colseguros S.A. La Andina S. A. y la Antorcha de Colombia S. A. suscribieron póliza automática de transporte 106472-4 para asegurar el traslado de toda clase de maquinarias, equipos, repuestos, accesorios, etc., incluidos aquellos por devolución o reexportación, desde cualquier lugar en el exterior o desde Colombia. Con cargo a esa póliza se transportó un estartor desde Italia. En el momento de desembarque en el puerto de Cartagena, uno de los elementos del estartor sufrió graves averías.

Extracto: “Lo que se sigue entonces es determinar cuál es el monto de la indemnización en caso de siniestro en esta clase de seguros. Para responder a esta cuestión precisa revisar lo que indican las normas del Código de Comercio frente al seguro de daños en general y, en particular, respecto del seguro de transporte, así: En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el seguro de daños es de naturaleza indemnizatoria y, por ende, no puede constituir fuente de enriquecimiento. Con todo, puede comprender tanto daño emergente como lucro cesante, requiriendo en este último evento pacto expreso. Sin embargo, esa excepción confirma la regla general de indemnización en este tipo de seguros atada a las mercancías transportadas. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la indemnización tiene límites en (i) el valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, que se presume corresponde al acordado entre las partes del contrato de seguro, evento en el cual el asegurador puede alegar que lo acordado es excesivo pero no que es inferior al valor real del interés asegurado, y en (ii) el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado. En tercer lugar, las partes pueden pactar que la indemnización corresponda a dinero o al valor de la reparación, reposición o el reemplazo del bien asegurado, pero en todo caso sujeto al límite de la suma asegurada y a la elección que haga el asegurador. De lo hasta aquí expuesto, se concluye que (i) la naturaleza del seguro de daños es indemnizatoria y, por ende, el monto a reconocer debe ser directamente proporcional al perjuicio causado para evitar enriquecimientos injustificados; (ii) por esa razón la indemnización tiene dos limitantes: el valor real del riesgo asegurado y el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido, los cuales (iii) bien pueden pagarse en dinero o en especie. (...) De suerte que la indemnización en el seguro de transporte está atada a los daños efectivos que se concreten en las mercancías. (...) En consecuencia, el límite máximo se contrae al monto de las mercancías aseguradas más el lucro cesante pactado; ahora, en el seguro de transporte terrestre el daño emergente a reconocer estará integrado por el costo de la mercancía en el lugar de su entrega al transportador, más los embalajes, impuestos, fletes y seguros a que hubiere lugar o el ochenta por ciento (80%) del valor probado que tuviere la cosa perdida en el lugar y fecha previstos para la entrega al destinatario, cuando no se suministre el valor de la mercancía o declare un mayor valor. (...) Lo anterior, sin perjuicio, claro está, de que esa indemnización pudiera ser en dinero o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador -esto último permitido en el *sub lite*, toda vez que las partes así lo pactaron-. Esas posibilidades deberán observar el binomio de indemnización efectiva y enriquecimiento injustificado, toda vez que la opción que escoja el asegurador no solamente deberá consultar su situación, sino la de una indemnización plena, supeditada, claro está, a la suma asegurada, y que en los contratos de seguros de transporte se encamina a garantizar la funcionalidad de la mercancía. Con todo, las formas de indemnización no serán acumulables -por el contrario, escoger una de ellas supone la improcedencia de las otras-, pero entre

ellas deberá escogerse la que mejor corresponda a lo pactado en el contrato de seguro, a su objeto y finalidad legales.”

Sentencia de 27 de marzo de 2014. Exp. 05001-23-31-000-1996-02078-01(21027). M.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO. Acción de Controversias Contractuales

2. Para declarar la nulidad de un contrato estatal por objeto ilícito no es indispensable la existencia de una norma que diga expresamente que es nulo, por el contrario, debe existir una norma que mande o prohíba.

Síntesis del caso: El 27 de junio de 1994, la Sociedad Concreto S. A. y el Instituto Nacional de Vías - INVIAS - suscribieron contrato de obra 352, bajo el sistema de precios unitarios, para la construcción de la solución vial Pereira - Dosquebradas, Grupo III, señalando como plazo de ejecución 10 meses. La Sociedad Concreto S. A. presentó demanda contractual por considera que se quebrantó el equilibrio económico del contrato al negar el reajuste del valor del anticipo y por el pago de gastos adicionales. Dentro del proceso se alega que INVIAS incumplió el numeral 2.14 del Pliego de Condiciones al suscribir Acta de Iniciación de Obras (18 de octubre de 1994) sin haber adquirido predios, además de que el contrato estuvo suspendido desde el mes de octubre de 1994 por 11 meses y luego fue adicionado por 12 meses más.

Extracto: “[E.]n primer lugar, (...) no es un elemento necesario para la configuración de la nulidad absoluta que alguna o todas las partes contractuales conozcan el vicio, puesto que como lo que se protege con esa sanción es el orden público y las normas imperativas, es decir el interés general, no es tolerable ignorancia o desconocimiento alguno para eludir su protección pues lo contrario implicaría privilegiar el interés individual de quien dice desconocer o ignorar, en franco detrimento del interés general, lo cual es del todo inadmisibles. (...) Cuestión diferente es que del conocimiento o de la ignorancia del vicio se deriven algunos efectos que en verdad no atañen a la estructuración de la nulidad absoluta sino a las consecuencias que produce su decreto judicial, puntualmente en lo que se refiere a las restituciones mutuas, tal como es fácil advertir con sólo darle lectura al artículo 1525 del Código Civil, empero esto en modo alguno enerva la configuración de la invalidez. (...) En segundo lugar los artículos 6° y 1519 del Código Civil son las normas básicas sobre el objeto ilícito como causal de nulidad absoluta al prever respectivamente que “... en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...” y que “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...”, lo que se traduce en que los artículos 1521, 1523 y 1741 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio son solamente aplicaciones concretas de ellos y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta si, por supuesto, ella no consagra una sanción diferente. Y es que las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que mandan u ordenan y por ende la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito. (...) Este entendimiento resulta natural y obvio, pues de no entenderse así se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que expresamente no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada (sic) (sic) sin ninguna consecuencia. (...) Así que no es cierto que para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito es indispensable la existencia de una norma que diga, expresa y sacramentalmente, que “es nulo”, como consecuencia, el acto que la contraviene, pero desde luego que lo que sí debe existir es la norma que expresamente mande o prohíba. (...) Así que tampoco es cierto, (...) que el desconocimiento del principio de planeación del contrato estatal jamás puede conducir a una nulidad absoluta por objeto ilícito, aunque por supuesto, no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal conduce inexorablemente a la nulidad del contrato por ilicitud de su objeto, toda vez que las falencias que producen ésta mácula en el contrato de la administración son aquellas que desde el momento de su celebración ponen en evidencia que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de

sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo.”

Sentencia de 20 de octubre de 2014. Exp. 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809). M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Acción de Controversias Contractuales

* Con Aclaración de Voto del consejero Enrique Gil Botero.

3. La entidad estipulante en un contrato de seguro, donde se pacta una estipulación a favor de un tercero, está legitimada para incoar la acción contractual por incumplimiento del promitente y en consecuencia solicitar el reconocimiento de perjuicios.

Síntesis del caso: El 1 de julio de 1996, la Red de Solidaridad Social y la Unión Temporal (Nacional Compañía de Seguros S. A. -hoy Colseguros- y la Compañía Central de Seguros S. A.) suscribieron el Contrato 1317, con el objeto de “expedir póliza de seguro de accidentes personales para amparar las víctimas civiles en razón de atentados terroristas cometidos con bombas o artefactos explosivos, ataques guerrilleros y combates que afecten en forma indiscriminada a la población civil y masacres realizadas en forma discriminada por motivos ideológicos y políticos contra un grupo de población civil en el marco del conflicto armado interno y que causen directamente su muerte real o presunta y su incapacidad total o permanente y su desmembración, en las condiciones del texto (generales, particulares y anexos) y tarifas que presentó en la propuesta de licitación pública”. El valor del contrato fue por dos mil doscientos millones de pesos (\$2.200.000.000) M/cte, y sobre lo cual se pactó tres pagos. La Red de Seguridad Social radicó, a través intermediario, solicitudes de beneficiarios sobre los riesgos cubiertos por la póliza, sin embargo, las aseguradoras se negaron a efectuar el pago por cuanto consideraron que la certificación de autoridad no cumplía con los requisitos necesarios. El monto de las reclamaciones se estimó en un valor aproximado de mil quinientos millones de pesos (\$1.500.000.000) m/te.

Extracto: “El estipulante sí se encuentra legitimado para pedir en vía judicial que se declare el incumplimiento del contrato en razón de la inobservancia del promitente de cumplir la estipulación que se ha pactado a favor de un tercero y, en consecuencia, también para solicitar el reconocimiento de los perjuicios que se le hubieren podido causar en su condición de tal, para lo cual puede intentar la acción resolutoria, que, según la jurisprudencia de esta Corporación, es plenamente aplicable en tratándose de los contratos estatales, o, según el caso y los intereses de quien demande, la acción de incumplimiento. (...) Así pues, como quiera que la Red de Solidaridad Social no está reclamando el cumplimiento de lo pactado a favor de las víctimas de la violencia, sino el incumplimiento del contrato en el que ella actuó en condición de estipulante, con fundamento en la presunta inobservancia de la Unión Temporal contratista respecto de tal obligación, resulta evidente que, además de que la acción ejercida fue la apropiada, la entidad pública accionante cuenta con interés propio para invocar dicha pretensión y, además, para pedir el reconocimiento de los perjuicios que, en tal virtud, aseguró le fueron ocasionados.”

Sentencia de 10 de septiembre de 2014. Exp. 25000-23-26-000-1999-01860-01(25645). M.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Acción de Controversias Contractuales

4. Los pliegos de condiciones no pueden transgredir lo prescrito en la ley y deben interpretarse de conformidad con ella.

Síntesis del caso: El 6 de febrero de 1996 se abrió la licitación pública No. 005 de 1996, cuyo objeto fue la “construcción de nuevas instalaciones para el centro de información meteorológica del Aeropuerto El Dorado de Santafé de Bogotá D.C.”. En el pliego de condiciones la entidad incluyó el ítem 2.5, que describía el tipo de concreto a utilizarse, la Aerocivil lo modificó mediante el adendo No. 2, y varió el ítem 2.5, cambiando la especificación del concreto; en el mismo adendo ajustó el “formulario 6-3” de cantidades de obra es decir, lo actualizó. La

sociedad Gomher Ltda., demandante en el proceso, conoció de las modificaciones que le fueran informadas mediante dos oficios e incluyó en la oferta el ítem 2.5, en el formulario 6-3, pero lo describió con la especificación técnica sin la modificación realizada en el adendo 2. En la misma oferta, pero en otro documento, describió el ítem 2.5 de manera correcta ajustándolo a la especificación técnica exigida en el adendo 2. Este procedimiento indujo a error a la entidad demandada al realizar la calificación y como resultado la demandante ocupó el primer lugar. El proponente Consorcio Zambrano-Palacios objetó el informe, la entidad concluyó que la sociedad demandante no ofreció lo establecido en el pliego y adjudicó el contrato al Consorcio; la demandante hizo las aclaraciones en la audiencia de adjudicación.

a. No toda desviación del pliego conduce al rechazo de los ofrecimientos.

Extracto: “es evidente que el problema corresponde a un típico caso de *incoherencia* en la información de la oferta, porque contiene dos (2) datos distintos sobre un mismo *ítem* -el *ítem* 2.5-, con base en los cuales de atenderse a uno -al previsto en el “formato 6-3” de cantidades de obra- la propuesta debe rechazarse, y de atenderse al otro -al previsto en el “formato 6-2”, APU- la oferta debe admitirse porque se adecúa al pliego. En eventos como este, según se señaló en el análisis general del tema, la entidad no debe eliminar automáticamente la propuesta, sino pedirle al proponente que la *aclare o explique*, y después tomar la decisión que corresponde. (...) a partir de esta contradicción la Aerocivil debió solicitar al proponente las explicaciones correspondientes, e indagar la razón de esa inconsistencia, y tener en cuenta las aclaraciones ofrecidas en la audiencia de adjudicación (...) Lo anterior *aclaró* la oferta, y debió generar seguridad y confianza en la entidad acerca del alcance de la misma, además de que no se modificó o adicionó ningún aspecto, solo se precisó el contenido, pues la propuesta sí cumplía lo requerido por la entidad (...) el *ítem* 2.5 se adecuó a lo requerido por la Aerocivil, y en tal sentido debió adjudicársele el contrato a Gomher Ltda., porque su propuesta, de haberse admitido, obtenía el mayor puntaje en la evaluación (...) no toda desviación del pliego conduce al rechazo de los ofrecimientos, ni siquiera si la entidad estableció que ese apartamiento sería causal para hacerlo, pues los pliegos de condiciones no pueden transgredir lo prescrito en la ley y deben interpretarse de conformidad con ella; por tanto, una contravención formal -que se explica con la ayuda de otros documentos de la misma oferta- no autoriza el rechazo de una propuesta, pues el artículo 25.15 de la Ley 80 lo prohíbe

b. La terminación unilateral de un contrato no produce inhabilidad para contratar en futuros procesos de selección.

Extracto: “el legislador no prescribe que la terminación unilateral de un contrato afecte la capacidad contractual en futuros procedimientos de selección, por tanto no impide a quien recibe esa medida ser adjudicatario de contratos posteriores, salvo que la terminación proceda de la declaración de caducidad, que sí es una sanción que produce inhabilidad. La entidad, para sustentar su decisión, citó impropiaamente el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 -régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar-, pretextando que el literal i), del numeral primero, señala que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos, “i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”. El apoyo en esta norma es equivocado, porque esta inhabilidad se produce cuando se declara la “caducidad” de que trata el artículo 18 de la Ley 80, que es diferente de la “terminación unilateral” a que se refiere el art. 17. (...) como la ley no dispone que la terminación unilateral de un contrato sea causal de inhabilidad, y por tanto de rechazo de las ofertas, o que sea argumento para abstenerse de adjudicarlas, resulta evidente el error de la Aerocivil.”

[Sentencia de noviembre 12 de 2014. Exp. 25000-23-26-000-1996-12809-01\(27986\). M.P. ENRIQUE GIL BOTERO. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho](#)

5. Si el sindicato, con su actuación, contribuye a configurar una culpa grave o dolo se exime de responsabilidad a la administración por privación injusta de la libertad, aún en aquellos supuestos en los que las causales de exoneración no hayan sido alegadas por la defensa.

Síntesis del caso: *El señor XXXX XXXX XXXX XXXX fue capturado el 28 de junio de 1996 y penalmente condenado en primera instancia el 12 de abril de 2000 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Puerto Rico, Caquetá, por la comisión del delito de homicidio agravado sobre la vida e integridad de su señora madre XXX XXX XXX XXX. El 17 de julio de 2000 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, Caquetá, profirió sentencia absolutoria a favor del penalmente encartado, ordenando su libertad inmediata.*

Extracto: “la Sala encuentra que la causal de exoneración no ha sido alegada por la demandada, comoquiera que la primera instancia no accedió a las pretensiones de la demanda, y el demandante actúa como apelante único con el fin de que sea condenada la administración por la privación injusta de la que considera fue víctima (...) la causal de exoneración podrá ser declarada de oficio por las circunstancias que gobiernan el sub iudice. Al respecto, los testimonios de los familiares y vecinos de la difunta madre del actor, producto del frecuente maltrato que distinguía las relaciones de éste para con su familia, incidieron profundamente en la investigación adelantada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Puerto Rico, Caquetá, testimonios que fueron reforzados por el contradictorio comportamiento procesal del sindicado en su defensa, también generador de sospechas, aspectos que condujeron al fallador en una dirección inexorable en el marco de la racionalidad judicial, de suerte que la decisión se fundó en el caudal probatorio existente, y las conclusiones a las que arribó el juez se ubican en el marco posible de libertad del que goza el fallador para valorar las pruebas de las que dispone dentro de la sana crítica. (...) Con los elementos de prueba obrantes se consiguió retratar un turbio proceder social y familiar del actor, en el que las pruebas testimoniales que lo ubicaban espacialmente en el lugar de los hechos (indicio de conexidad espacial, de presencia o de oportunidad física), moralmente, como capaz de ellos (indicio de capacidad moral), los improperios expresados previamente por el actor contra su madre en reiteradas oportunidades (indicio de amenaza), configuraron un entorno de indicios que, una vez valorados bajo criterios racionales y lógicos, llevaron al fallador a tomar una decisión, dentro de los postulados de la sana crítica, en contra del aquí accionante. (...) el daño en el caso concreto obedeció a la inducción al error que el mismo investigado XXXX XXXX XXXX XXXX propició en el aparato de justicia en virtud de i) su equívoca actuación procesal, en el que su repentino cambio de versión no contribuyó al esclarecimiento oportuno de los hechos y superaba el resguardo del derecho de defensa y la estrategia legítima del litigio previamente analizada; ii) las sospechas que generó entre los que lo conocían, aún dentro de su entorno familiar más próximo, merced a su comportamiento habitual no desvirtuado; iii) y, la extraña muerte del único testigo que señaló la existencia de hechos directamente narrados por XXXX XXXX XXXX XXXX y que lo comprometían seriamente con el homicidio investigado, a lo que se suman los confusos hechos que rodean la desaparición del mayordomo XX XX XX XX (parr. 3), situaciones que dan lugar a la configuración de la causal respectiva de exoneración de responsabilidad del Estado, por culpa grave de la víctima.”

Sentencia de abril 30 de 2014 Exp. 25000-23-26-000-2001-01145-01(27414). M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Medio de control de reparación directa

NOTA DE RELATORÍA: Para adoptar la decisión la Sala consideró que cuando se trata de acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave que allí se considera, se rige por los criterios establecidos en el artículo 63 del Código Civil, que no se corresponden con los del derecho penal; igualmente, reiteró su jurisprudencia en el sentido de no declarar la responsabilidad del Estado, por privación injusta de la libertad, cuando la persona que ha privada de la libertad y posteriormente absuelta, contribuye con su actuación en la producción del daño, dando lugar a la configuración de la causal eximente o exonerativa por la culpa exclusiva y determinante de la víctima.

6. Se configura una falla del servicio, y por lo tanto se genera la responsabilidad del Estado, por la muerte de una funcionaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, quien se encontraba amenazada por el desempeño de sus funciones. La entidad no garantizó sus derechos y limitó su intervención a autorizar su reubicación y no informar a la autoridad competente - Policía Nacional-, sobre el riesgo que corría.

Síntesis del caso: *La señora Gloria Patricia López García falleció el 1 de febrero de 1998, como consecuencia de los disparos que le fueron propinados por desconocidos, en el municipio de Cali, la víctima se desempeñaba como profesional en ingresos públicos I, nivel 30, grado 18, ubicada en la División Técnica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas Nacionales de Buenaventura de la DIAN; la funcionaria fue objeto de amenazas contra su vida, al parecer por haber adelantado investigaciones penales y disciplinarias en contra de algunos empleados de la DIAN, esta situación la puso en conocimiento de la Fiscalía de Buenaventura y ante el Director de Aduanas de la DIAN, Coronel Norberto Peláez Restrepo, funcionario Activo de la Policía Nacional.*

Extracto: “la DIAN - que para la época de los hechos estaba adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público - tuvo conocimiento, por conducto del Director de Aduanas, de las amenazas y del peligro que se cernían sobre la funcionaria Gloria Patricia López y supo que éstas se concretaron en hechos reales en los que se intentó acabar con su vida. En atención a ello y previa petición de traslado a otra ciudad hecha por la víctima, ese órgano ordenó su reubicación en Cali, tal como lo certificó la Jefe de División de Desarrollo Humano (...) dentro de las funciones que se le encargaron a la DIAN no estaba la de brindar protección a sus servidores; sin embargo, ello no significaba asumir una posición netamente contemplativa ante las graves condiciones de seguridad de Gloria Patricia López, pues, por un lado, según lo expuesto por ella misma ante su superior jerárquico, las amenazas de muerte tuvieron origen en los operativos de inspección de mercancías, en la Sociedad Portuaria de Buenaventura, que estuvo compelida a realizar con ocasión de sus funciones; es decir, no se puede escindir el vínculo entre la función pública ejercida por ella y el daño que se le causó y, por otro lado, debe tenerse en cuenta que quien conoció de manera directa la situación de esta funcionaria fue el Director de Aduanas de la DIAN, a quien nada le impedía adoptar alguna medida eficaz tendiente a conseguir protección para la señora López García, máxime que se trataba de un miembro de la Policía Nacional en comisión ante la DIAN, experto en materia de seguridad y de quien se esperaba una actuación eficiente y apropiada del caso, toda vez que podía atender los requerimientos de su subordinada de manera diligente, ya fuera solicitando directamente el estudio de riesgo y el acompañamiento policivo, o instando a la víctima a adelantar el trámite correspondiente ante la Policía Nacional; no obstante, no lo hizo y, en su lugar, se limitó a autorizar su traslado a una ciudad en donde, de todas formas, se concretó el daño. (...) teniendo en cuenta que el Director de Aduanas no brindó a la víctima la ayuda ni la orientación adecuadas, no obstante que él era un funcionario versado en temas de seguridad, vigilancia y protección, dada su condición de oficial de la Policía Nacional, a pesar de lo cual se limitó a autorizar la reubicación de aquella en otro municipio, la Sala declarará la responsabilidad de esa entidad demandada por los perjuicios causados a los demandantes con la muerte de la señora Gloria Patricia López García, en virtud de la falla en el servicio, pues su omisión favoreció la causación del hecho lesivo, en tanto que, de haberse adoptado las medidas reclamadas, aquél habría podido evitarse.”

Sentencia de abril 9 de 2014. Exp. 76001-23-31-000-2000-00550-01(29312). M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Medio de control de reparación directa

7. Se condenó a la Rama Judicial por error jurisdiccional en el que incurrió la Sección Quinta del Consejo de Estado, al dictar sentencia que anuló parcialmente el acto administrativo que declaró elegido al Gobernador del Departamento de Casanare para un período de tres años, comprendido entre 1996 a 1999.

Síntesis del caso: *Mediante acto administrativo de 30 de junio de 1996 Delegados del Consejo Nacional Electoral declararon elegido al señor Miguel Ángel Pérez Suárez, Gobernador del Departamento de Casanare para el período comprendido entre 1996 a 1999, debido a nueva elección que debió realizarse ante la declaratoria de nulidad del acto de elección del miembro designado para el período 1995 -1997. Con sentencia de 24 de abril de 1997 la Sección Quinta del Consejo de Estado anuló parcialmente acto administrativo que declaró su elección, al considerar que el mismo excedía el término constitucional de tres años que finalizaba el 31 de diciembre de 1997 y que correspondía al período del funcionario saliente.*

Extracto: “El demandante funda el daño y así mismo la responsabilidad del Estado en que la Sección Quinta de esta corporación, el 24 de abril de 1997, declaró la nulidad parcial de su elección, desconociendo el artículo 303 de la Carta, al igual que la jurisprudencia constitucional sobre el período de Gobernadores y Alcaldes. Ahora la Sala encuentra que le asiste razón al actor, tal como lo resolvió la Corte en la sentencia de tutela que se cita en extenso, por tratarse de un asunto similar al que ocupa la atención de la Sala, (...) aquellos alcaldes que hayan sido elegidos popularmente, se entiende que lo fueron por los tres años establecidos por la Constitución, incluso si la elección fue anterior a la presente decisión”. No obstante, mediante sentencia de 24 de abril de 1997, la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró que el ciudadano MIGUEL ÁNGEL PÉREZ SUÁREZ, elegido Gobernador del Departamento de Casanare, lo fue por el resto del período del funcionario saliente. (...) Establecido, en consecuencia, que, el 23 de junio de 1996, el actor fue elegido para el cargo de Gobernador de Casanare para el período 1996-1999, de manera que el acto administrativo proferido el 30 de junio de 1996 lo declaró, es claro que la Rama Judicial deberá responder por el daño antijurídico causado, en cuanto la Sección Quinta de esta Corporación accedió a la nulidad parcial, al margen de la claridad del texto constitucional. Esto es así, si se considera que, en los términos de la providencia del 24 de abril de 1997, se consideró que el período del actor culminaba el 31 de diciembre de 1997, en razón de un período institucional, entonces no previsto en el texto constitucional. En consecuencia, en cuanto la decisión no consultó la norma constitucional, se revocará la decisión del Tribunal y, en su lugar, se declarará la responsabilidad del Estado por haber causado al actor un daño que no tenía que soportar y se accederá las pretensiones indemnizatorias”.

Sentencia de 9 de octubre de 2014, Exp. 25000-23-26-000-1999-01329-01(28641) M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Acción de reparación directa

* Con salvamento de voto del Doctor Ramiro Pazos Guerrero.

8. Se exoneró de responsabilidad patrimonial a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación, al no acreditar la actora las restricciones a la libertad y la renuncia provocada alegadas en acción contenciosa instaurada contra las entidades mencionadas, en virtud de los procesos disciplinario y penal adelantados en su contra en su calidad de Defensora de Familia, al ser sindicada de homicidio culposo de bebé que se encontraba en Centro del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por omitir su obligación de prevención, protección integral y bienestar del infante fallecido.

Síntesis del caso: Defensora de Familia presentó demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, en contra de la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación, para que se les declarara patrimonialmente responsables por los perjuicios morales, materiales y fisiológicos sufridos al ser sindicada del delito de homicidio culposo de menor que falleció en las instalaciones de Centro de Recepción de Menores Villa Javier del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar donde era funcionaria.

Extracto: “El daño deprecado por la parte demandante no se encuentra acreditado, teniendo en cuenta las afirmaciones de que la Fiscalía General de la Nación impuso restricciones al derecho de libertad y movilización de la doctora Luz Ángela Segura, y en especial, la accionante hizo ahínco en la imposibilidad de salir del país, circunstancia que no encuentran respaldo en los medios de convicción allegados al plenario, toda vez que obran oficios del DAS, en donde se menciona que la demandante no tuvo restricciones para salir del país, y se relacionan los diferentes desplazamientos tanto internos como al exterior del país, en especial a la ciudad de Miami - Florida. (...) En el sub lite, no obra medio probatorio alguno que demuestre las presiones alegadas por la demandante, pues si bien es cierto con posterioridad a su vinculación al proceso penal, fue trasladada del lugar de prestación de servicios tres (3) veces, en la ciudad de Bogotá, entre los años 1995 y 1996, el acervo probatorio no demuestra que dichos traslados no hayan sido con ocasión del servicio que la doctora Segura prestaba, máxime si se tiene en cuenta que precisamente la accionante llegó al Centro Villa Javier por traslado, como lo mencionó en el escrito de la demanda. (...) la Subsección considera que el retardo que se imputa por parte del recurrente a la Fiscalía General de la Nación, respecto de los términos de instrucción del proceso penal, no configura un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, puesto que no se probó que el lapso

trascendido constituyera una anomalía del servicio, teniendo en cuenta que ni siquiera se trajeron al proceso estándares o criterios objetivos de comparación para poder determinar que las actuaciones fueron tardías, carga que correspondía a la parte actora conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. (...) Aunado a que no probó que la presunta mora alegada se hubiera dado por dilaciones injustificadas, pues se insiste, debía probarse que el empleado judicial no tuvo un motivo razonable que justificara el transcurso del tiempo entre la decisión judicial y el oficio que daba cumplimiento a la misma. (...) resalta la Sala que de conformidad con el artículo 95 numeral 7 de la Constitución, es deber de la persona y del ciudadano colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, máxime cuando se trata de una abogada de profesión, exfuncionaria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuya misión es trabajar por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia, y cuyo fin de la actuación de la Fiscalía General de la Nación era el esclarecimiento de la verdad respecto del fallecimiento de la menor, y que se imponía la obligación como Defensor de Familia de poner en conocimiento ante la autoridad competente de conductas consideradas como punibles cometidas contra los menores en el Centro, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 277 del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), vigente para la época de los hechos, conducta que solamente fue realizada con posterioridad al inicio de la investigación.

Sentencia de 20 de octubre de 2014, Exp. 25001-23-26-000-2002-00713-01(28925) M.P. OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ. Acción de reparación directa

SECCIÓN CUARTA

1. En aplicación del principio de fuente productora de la Decisión 578 de la CAN, para calcular la renta presuntiva es viable excluir de la base de esta el valor de los bienes que el contribuyente posea en otro país miembro de la comunidad andina.

Síntesis del caso: Fiberglass Colombia S.A. demandó los actos administrativos por los que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta que presentó por el año gravable 2005, en el sentido de incrementar la renta presuntiva como efecto de incluir en la base para calcularla el valor de las acciones que posee en una sociedad venezolana y de las cuentas por cobrar a esa sociedad.

Extracto: “Como se expuso en el capítulo de antecedentes, la presente controversia gira en torno a determinar si, para efectos de determinar la base para el cálculo de la renta presuntiva, era factible detraer el valor de las acciones que la demandante poseía en una sociedad domiciliada en un país miembro de la Comunidad Andina, al igual que el valor de las cuentas por cobrar a dicha entidad. A juicio de la DIAN, la exclusión no era procedente en razón a que, de una parte, la Decisión 578 se aplica a las rentas efectivamente obtenidas, lo que excluye las rentas presuntas y, además, la disposición comunitaria no regula de manera expresa la renta presuntiva. De otra parte, porque el artículo 189 del E.T. no prevé de manera expresa esa exclusión. Por el contrario, para la demandante, las acciones y las cuentas por cobrar se debían detraer de la base de la renta presuntiva en aplicación de la Decisión 578, que se rige por el principio de la fuente, incluso para efectos de las rentas presuntas. Tal como lo señaló el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la interpretación prejudicial solicitada en el presente caso, (...) *la corte consultante deberá aplicar la norma comunitaria con preferencia a las normas de derecho tributario interno, específicamente, el Estatuto Tributario que rige en Colombia y de derecho internacional suscritas por los Países Miembros y sólo aplicar estas en los casos en que la norma comunitaria no se refiera al tema y, siempre y cuando, dichas normas no contravengan el derecho comunitario.* La Decisión 578 de la Comunidad Andina, «*Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal*», según advierte el referido tribunal, (...) *tiene como finalidad básica evitar la doble tributación sobre una misma renta o patrimonio en la subregión andina, generando así un mecanismo para evitar la evasión fiscal, un incentivo para la inversión extranjera y el comercio fluido*

entre los Países Miembros. Es importante advertir que cualquier interpretación o aplicación que se haga de la mencionada Decisión debe tener en cuenta dicho objetivo esencial. El artículo 3 de la Decisión 578 establece lo siguiente: *Independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas, las rentas de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren, sólo serán gravables en el País Miembro en el que tales rentas tengan su fuente productora, salvo los casos de excepción previstos en esta Decisión. Por tanto, los demás Países Miembros que, de conformidad con su legislación interna, se atribuyan potestad de gravar las referidas rentas, deberán considerarlas como exoneradas, para los efectos de la correspondiente determinación del impuesto a la renta o sobre el patrimonio.* Así, según el Tribunal comunitario, «Mediante el artículo 3 de la Decisión 578 bajo el título “jurisdicción tributaria” se consagra como principio el de la fuente productora. Este principio fue legado de la anterior Decisión 40 y excluye la opción de gravar la renta sobre la base del principio de la residencia o el domicilio». En consecuencia con ese criterio, en la interpretación prejudicial solicitada se concluye que «Los artículos 3 y 4 de la Decisión 578 se refieren a “las rentas de cualquier naturaleza”, por lo que no se encuentra un tratamiento específico a la renta presuntiva. En consecuencia, el Tribunal advierte que la renta presuntiva se encuentra dentro de la renta general y debe ser cobijada dentro de los efectos generales de la Decisión 578». Por lo tanto, contrario al entendimiento de la DIAN, pese a que, en efecto, la Decisión 578 no regula de manera expresa la renta presuntiva, este hecho no implica que la disposición comunitaria sea inaplicable para los efectos del cálculo de ese sistema de determinación especial del impuesto sobre la renta, pues la norma supranacional rige sobre las rentas en general, independiente del sistema de determinación [...] En consecuencia, y en concordancia con la interpretación prejudicial del tribunal comunitario, la Sala considera que si bien la renta presuntiva no se origina por el desarrollo de una actividad sino que constituye una forma de tributación mínima por la posesión de un patrimonio, de no excluirse de la base del cálculo de la renta presuntiva los bienes poseídos por la demandante en Venezuela, estos se gravarían con el impuesto sobre la renta en Colombia, en contra de lo previsto en la Decisión 578”.

Sentencia de 16 de octubre de 2014, Exp. 25000-23-27-000-2008-00193-01(18040), M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

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

2. a. La DIAN puede reliquidar las sanciones aceptadas mediante liquidación oficial de corrección de la declaración informativa individual de precios de transferencia.

Síntesis del caso: Whirlpool Colombia S.A.S. presentó la declaración informativa de precios de transferencia (DIIPT) por el 2007, en la que el sistema de la DIAN le liquidó sanción por extemporaneidad del 1% de las operaciones realizadas con vinculados económicos (art. 260-10, lit. B, num. 1 E.T.). Whirlpool corrigió la DIIPT para aumentar la sanción, pues incluyó la sanción reducida del art. 260-10, lit. B, num. 3, inc. 7 del E.T., equivalente al 2% de la sanción por extemporaneidad, debido a que corrigió algunas inconsistencias que presentaba la DIIPT. Luego, presentó proyecto de corrección para reducir la sanción liquidada en la DIIPT, esto es, para eliminar la sanción por extemporaneidad, petición que la DIAN aceptó mediante Liquidación Oficial de Corrección. Previo pliego de cargos y su respuesta, la DIAN reliquidó la sanción por corrección de la DIIPT y la incrementó en un 30%, con el argumento de que la corrección de inconsistencias de la DIIPT no generaba la sanción reducida del 2% de la sanción por extemporaneidad, sino la plena del 1% de las operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas en la respectiva vigencia fiscal (art. 260-10, lit. B, num. 3, inc. 1° E.T.). En el caso, se estudia la legalidad de los actos reliquidatorios de la sanción por corrección de la DIIPT.

Extracto: “Cabe precisar que si bien con fundamento en el artículo 589 del Estatuto Tributario, la DIAN conserva la facultad de revisión para cuestionar aspectos de fondo de la declaración privada, esta facultad no se aplica respecto de la DIIPT, toda vez que el artículo 260-10 E.T., lit. B, num. 4, inciso final, señala que “Cuando el contribuyente no hubiere presentado la declaración informativa, o la hubiere presentado con inconsistencias, no habrá lugar a practicar liquidación de aforo, **liquidación de revisión** o liquidación de corrección aritmética respecto a la declaración informativa”, pues lo procedente es

modificar la declaración de renta del respectivo año gravable. No obstante, el hecho de que la DIAN no pueda practicar liquidación de aforo, revisión o corrección aritmética sobre la DIIPT no impide que pueda reliquidar las sanciones aceptadas mediante liquidación oficial de corrección, pues, en ese evento, la DIAN no ejerce la facultad de revisión sino la facultad sancionatoria otorgada por el artículo 260-10 del Estatuto Tributario. En efecto, el artículo 260-10, lit. B, num. 3, inc. 7 ibídem, expresamente permite a la DIAN reliquidar las sanciones por corrección de la DIIPT calculadas en forma incorrecta e incrementarlas en un 30%, en los términos del artículo 701 ib. Además, la expedición de la liquidación oficial de corrección de la DIIPT no significa que la determinación de las sanciones que acepta la Administración, previo proyecto de corrección del contribuyente, esté de acuerdo con la ley. Ello, por cuanto, según el artículo 589 del Estatuto Tributario, la DIAN sólo verifica el cumplimiento de requisitos formales. A su vez, dicha liquidación oficial sustituye la declaración inicial o la última corrección privada del contribuyente y, por ende, la DIAN conserva su facultad sancionatoria. Por lo tanto, para iniciar el proceso sancionatorio, la Administración no tenía que revocar la liquidación de corrección, pues ésta se limitó a reconocer el derecho que tenía la actora de corregir su declaración y, por ende, de sustituirla por la citada liquidación oficial. En consecuencia, la DIAN podía modificar la sanción que la demandante liquidó en el proyecto de corrección aceptado por la DIAN mediante liquidación oficial de corrección”.

b. El procedimiento para corregir la DIIPT con el fin de reducir las sanciones que, por ende, generen un menor saldo a cargo, es el previsto en el artículo 589 del Estatuto Tributario.

Extracto: “[...] el artículo 589 del Estatuto Tributario, que hace parte del Libro Quinto de dicha normativa, sobre procedimiento tributario y que, por ende, se aplica al régimen de precios de transferencia del mismo Estatuto, dispone [...] Conforme con la norma transcrita, para disminuir el saldo a pagar o aumentar el saldo a favor liquidado en una declaración privada, el contribuyente debe solicitar a la DIAN la corrección de la declaración, dentro del año siguiente al vencimiento del plazo para declarar. La DIAN debe practicar liquidación de corrección dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud en debida forma, y si no lo hace, el proyecto de corrección sustituye la declaración inicial. Sin embargo, este artículo también precisa que la DIAN conserva la facultad de revisión y que el término para proferir la liquidación de revisión inicia en la fecha de la corrección o dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud, según el caso. La Sala ha señalado que las solicitudes de corrección solo pueden negarse por motivos de forma, no por razones de fondo como *“las relacionadas con el derecho al reconocimiento de costos, deducciones, descuentos, exenciones-excepciones, retenciones en la fuente, o pruebas requeridas para su demostración, pues tales asuntos son materia de un proceso de revisión”*. Con fundamento en el artículo 589 del Estatuto Tributario, la Sala ha dicho que los requisitos formales son los siguientes: - Presentar una solicitud ante la Administración de Impuestos y Aduanas correspondiente. - Que la petición se realice dentro de los dos años siguientes a la fecha del vencimiento del término para declarar o de la fecha de presentación de la declaración de corrección, según el caso, y - Adjuntar proyecto de corrección. Si se cumplen los requisitos anotados, que son de forma, la DIAN debe practicar liquidación oficial de corrección, dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud, pues, si no lo hace, opera el silencio administrativo positivo a favor del contribuyente, sin perjuicio de la facultad de revisión de la Administración. En consecuencia, para corregir la DIIPT con el fin de disminuir las sanciones liquidadas por el contribuyente que, por ende, generarían un menor saldo a cargo, el contribuyente debe seguir el procedimiento del artículo 589 del Estatuto Tributario”.

Sentencia de 9 de octubre de 2014, Exp. 25000-23-27-000-2012-00040-01 (19774) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

3. a. La cuota de control fiscal tiene naturaleza tributaria y, por ende, no es conciliable.

Síntesis del caso: Previa solicitud de conciliación prejudicial que se declaró fallida, la Corporación Interuniversitaria de Servicios - CIS demandó la nulidad de los actos administrativos por los que la Contraloría General de Antioquia fijó la cuota de vigilancia fiscal a su cargo para la vigencia del 2012. La Sala Segunda de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia rechazó la demanda, por caducidad, en cuanto estimó que la solicitud de conciliación no suspendió la

caducidad, por tratarse de un asunto tributario. Se decide el recurso de apelación que la demandante interpuso contra esa decisión.

Extracto: “Para el caso del tema en discusión, esto es la determinación de la cuota de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, se observa que la Ley 106 de 1993, en el artículo 4 dispuso: **“Artículo 4°. Autonomía Presupuestal:** La Contraloría General de la República tendrá autonomía para el manejo, administración y fijación de su presupuesto, en concordancia con la ley orgánica de presupuesto. Con el fin de desarrollar el presente artículo la Contraloría General de la República cobrará una tarifa de control fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas [...] La tarifa de control fiscal será fijada individualmente para cada organismo o entidad vigilada mediante resolución del Contralor General de la República. El valor total del recaudo por este concepto no podrá superar por ningún motivo el valor total de los gastos de funcionamiento de la Contraloría General de la República” (...) La Corte Constitucional en sentencia C-1148 del 31 de octubre de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, declaró exequible esa norma y respecto a la naturaleza de la cuota de control fiscal consideró: “(...) la tarifa de control fiscal no está enmarcada dentro de los conceptos de tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen (inciso 2 del artículo 338 de la Constitución), sino que corresponde a un tributo especial, derivado de la facultad impositiva del Estado (arts. 150, numeral 12, y 338 de la Carta). Y que es fijada a las entidades de la administración y a los particulares o entidades que manejen bienes o fondos de la Nación (art. 267, inciso 1o de la Carta) (...) Teniendo en cuenta lo anterior, la cuota de control fiscal fijada por la Contraloría General de la República tiene naturaleza tributaria, por lo tanto, no es conciliable. Así que los puntos que según la demandante podrían ser susceptibles de transacción o conciliación, tales como la base sobre la que se determina la cuota o si debe suspenderse el cobro mientras se decide de fondo el proceso promovido contra el acto que estableció que la Corporación Interuniversitaria de Servicios- CIS es sujeto de control no son conciliables. Se concluye que cuando se pretenda atacar el acto administrativo que determine a una entidad como sujeto de control de la Contraloría General de la República o que fije la cuota de control fiscal no es necesario agotar el trámite de conciliación previo a acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

b. La Sala reitera que en asuntos no conciliables, como los tributarios, la solicitud de conciliación prejudicial suspende el término de caducidad de la acción hasta que la Procuraduría expida la constancia de que el asunto no es conciliable.

Extracto: “De la interpretación armónica de las normas que regulan la conciliación prejudicial, como requisito de procedibilidad de la acción, se entiende, como se indicó en párrafos anteriores, que en los casos no susceptibles de conciliación, como por ejemplo los tributarios, no debe agotarse ese requisito previo a instaurar la demanda. No obstante, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, contempló los eventos en los que la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial suspende el término de prescripción o de caducidad [...] Para la Sala, es claro que de la lectura integral de los artículos 2° [3] y 21 de la Ley 640 de 2001 se entiende que el legislador contempló la posibilidad de que el término de caducidad o de prescripción se suspenda cuando se presenta una solicitud de conciliación extrajudicial frente a un asunto no conciliable. Por su parte, el artículo 3 del Decreto 1716 de 2009 en concordancia con el 21 de la Ley 640 de 2001, reiteró los casos en los que se suspende el término de prescripción o de caducidad, y el literal b) hace alusión a las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001 [...] De las anteriores normas se infiere que el término de caducidad de la acción se suspende en aquellos conflictos no susceptibles de conciliación, como los tributarios, y que corresponde a los procuradores ante quienes se presente una solicitud de conciliación en un caso tributario expedir, dentro de los 10 días calendarios siguientes, constancia de que no es un tema conciliable. Es deber del Ministerio Público expedir la correspondiente constancia de que el asunto sometido a su conocimiento no es susceptible de conciliación”.

Auto de 29 de octubre de 2014, Exp. 05001-23-33-000-2013-00581-01 (20483) M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

4. El impuesto al consumo cobrado por el comercializador al consumidor final no hace parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio en la actividad comercial de distribución, dado que no constituye un ingreso para el comercializador.

Síntesis del Caso: La comercializadora Representaciones Continental S.A. compró cigarrillos y licores que luego vendió facturando el impuesto al consumo, cuyo valor no registró en sus cuentas de ingreso. El Distrito Capital modificó las declaraciones del impuesto de industria y comercio que la comercializadora presentó por los bimestres 2 a 6 de los años 2006 y 2007, en el sentido de incrementar la base gravable con los valores pagados por impuesto al consumo en las referidas ventas y sancionarla por inexactitud. Se estudia la legalidad de tales actos.

Extracto: “[...] Luego de agotar el trámite legislativo de rigor, la iniciativa legislativa presentada dio lugar a la expedición de la Ley 1559 del 10 de julio de 2012, “por medio de la cual se define la base gravable para efecto del impuesto de industria y comercio para productos gravados con el impuesto al consumo.”, cuyo artículo 1° dispone: “La base gravable para los efectos del impuesto de Industria y Comercio de los distribuidores de productos gravados con el impuesto al consumo, serán los ingresos brutos, entendiendo por estos el valor de los ingresos por venta de los productos, además de los otros ingresos gravables que perciban, de acuerdo con las normas vigentes, sin incluir el valor de los impuestos al consumo que les sean facturados directamente por los productores o por los importadores correspondientes a la facturación del distribuidor en el mismo período”. Si bien esta ley corresponde a un periodo posterior al fiscalizado en el sub lite, ello no impide que incida en el criterio jurídico aplicable a la presente decisión, porque el espíritu de aquella se ligó al alcance de normas anteriores al periodo mencionado (las de la Ley 223 de 1995), y en conceptos, igualmente antiguos, del órgano que por disposición de la Ley 43 de 1990 está encargado de impartir la orientación técnico- científica de la profesión de Contador público y de la investigación de los principios de Contabilidad. Con base en ese alcance, el legislador quiso dejar en claro que desde la expedición de las normas referidas el distribuidor no realiza el hecho generador del impuesto al consumo y que su responsabilidad frente al mismo sólo responde a fines de eficacia en el recaudo, en el contexto de la traslación del tributo indirecto. Ahora bien, contablemente, las cuentas del código 24, utilizadas en la contabilización de la accionante, son por naturaleza del pasivo y su acreditación hace surgir un rubro por pagar que en la práctica no tiene lugar en la cadena de producción y distribución de artículos gravados con impuesto al consumo, porque, en principio, el gravamen monofásico lo paga el productor en momento anterior al de la venta al consumidor final. Sin embargo ese registro contable no hace convertir al impuesto en un ingreso para ella, porque simplemente no corresponde a una contraprestación por la mercancía recibida, ni remunera la actividad del comerciante o incrementa su patrimonio; al final, quien recibe el impuesto es el Estado. En últimas, el impuesto al consumo facturado no corresponde a la noción contable de ingreso del artículo 38 del Decreto 2649 de 1993, porque no constituye la representación financiera de recursos como resultado de eventos pasados de los cuales se esperan beneficios económicos futuros para la empresa. Como no representa ingreso, el impuesto al consumo no podía adicionarse a los gravados con ICA, con el argumento de que el valor correspondiente no estaba expresamente excluido como devolución, rebaja o descuento, ni provenía de la venta de activos fijos. En consecuencia, no asiste razón al Distrito Capital para adicionar el impuesto al consumo a la base gravable de ICA en la actividad comercial de distribución, porque, tal como lo elucubran los antecedentes de la Ley 1559 de 2012 y lo precisa la Sala, dicho tributo no constituye un ingreso para los distribuidores sino una forma de repercutir o trasladar el impuesto al consumo que recae en el consumidor final, pero que los distribuidores debieron pagar previamente a los productores o importadores, como responsables del tributo”.

Sentencia de 28 de agosto de 2014, Exp. 25000-23-27-000-2010-00129-01 (19350), M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

5. Son deducibles los gastos por pérdidas derivadas de contratos de cobertura de riesgos cambiarios “forward non delivery”.

Síntesis del caso: Durante el 2003 y 2004 Bavaria S.A. suscribió contratos de derivados financieros ‘Forward y Swap’ o de cobertura de riesgo cambiario con entidades financieras nacionales, cuya liquidación le generó una pérdida. En la declaración de renta del año gravable 2004 Bavaria dedujo el gasto proveniente de la redención de los contratos forward non delivery. La DIAN modificó la dicha declaración para rechazar las referidas deducciones, imponer un mayor tributo y sancionar por inexactitud. Bavaria demandó la nulidad de tales actos, cuya legalidad se estudia.

Extracto: “4.3.1. En principio, para establecer si las utilidades obtenidas en los contratos Forward, con fines de cobertura o especulativos, celebrados entre sociedades nacionales, constituyen ingreso tributario en el impuesto sobre la renta, se debe tener en cuenta que el Estatuto Tributario, en el artículo 12, establece que las sociedades y entidades nacionales son gravadas, tanto sobre sus rentas de fuente nacional, como sobre las que se originen de fuentes fuera de Colombia. Es importante precisar que la normativa tributaria no dispuso una regulación especial para este tipo de ingresos. Por tanto, las utilidades o ganancias que perciban esas entidades en los contratos de derivados financieros estudiados constituyen renta gravable en Colombia. Esa conclusión reitera lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1514 de 1998, en el que el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 401 del Estatuto Tributario, estableció que constituyen “otros ingresos tributarios” para el contribuyente del impuesto sobre la renta. Por eso, se encuentra sujeto a retención en la fuente, la diferencia existente entre el índice, tasa o precio definido en los contratos de derivados financieros que se cumplan sin la entrega del subyacente y el valor de mercado del correspondiente índice, tasa o precio en la fecha de liquidación del contrato. 4.3.2. En cuanto al tratamiento del diferencial negativo, esto es, de la pérdida derivada en los contratos Forward de índole nacional, debe reiterarse que a pesar de las características especiales de estas operaciones financieras, la normativa tributaria no tiene una regulación específica. Por tanto, su reconocimiento fiscal debe estudiarse de acuerdo con los criterios generales de la deducción dispuestos en la norma tributaria, pero sin perder de vista que la contrapartida del ingreso es el gasto, y de la utilidad, la pérdida. 4.3.2.1. Esta Corporación ha señalado que los gastos para los cuales el Estatuto Tributario no ha previsto expresamente una regulación especial, no podrán rechazarse como deducción, por ese solo hecho, y constituirán una deducción aceptada fiscalmente, en la medida en que cumplan los requisitos esenciales establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario y no se encuentren dentro de las limitaciones a que se refieren los artículos 85 a 88 y 177 a 177-1 de la citada normativa. La deducibilidad del gasto bajo los parámetros señalados, procede independientemente de la finalidad de cobertura o especulativa de la operación, pues finalmente, en ambos supuestos, constituyen erogaciones que se derivan de la gestión de riesgos del mercado. El hecho de que en los contratos con fines de especulación la empresa busque obtener un beneficio económico no limita su deducción, por el contrario, implica que la realización de estos negocios tiene por finalidad la obtención de rentas para el ente económico. De esta forma, atendiendo a las particularidades de las operaciones analizadas, la deducción de los gastos que se derivan de las mismas, está sujeta al cumplimiento de los requisitos esenciales de necesidad, proporcionalidad y relación de causalidad con la actividad productora de renta, siempre que no sean imputables a ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional ni a rentas exentas. 4.3.2.2. Es cierto que la DIAN, en el Concepto No. 068244 del 3 de septiembre de 2007, expresó que de conformidad con lo establecido en el artículo 107 del Estatuto Tributario, si son deducibles los gastos derivados de los contratos Forward pero solo cuando tengan por finalidad la cobertura de riesgo cambiario en operaciones de comercio exterior. Pero, a juicio de la Sala, debe precisarse que la realización de estas operaciones se encuentra autorizada para todos los residentes en el país (personas naturales, sociedad y entidades), sin distinguir el tipo de actividades u operaciones que realizaran en el país o en el exterior. Por tanto, no existe justificación para distinguir la procedencia de los gastos derivados en los contratos de cobertura de comercio exterior, con los gastos generados en las demás operaciones de cobertura autorizadas por las entidades financieras en Colombia. Esto se corrobora en el mismo concepto cuando hace referencia al Oficio No. 033738 del 1º de junio de 2004, en el que se consideró la procedencia de la deducción de los pagos al exterior que hace un residente colombiano en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un contrato Swap, sin hacer distinción sobre el tipo de operaciones cubiertas por

el riesgo financiero. 4.3.3. En todo caso, se debe señalar que la procedencia de la deducción no puede restringirse por vía de doctrina a ciertos contratos. Lo indispensable, dentro del proceso de determinación del tributo o en la sede judicial, es el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario, así como el hecho de que la erogación no se encuentra dentro de las limitaciones a las deducciones establecidas en la citada normativa”.

Sentencia de 16 de octubre de 2014. Exp. 25000-23-27-000-2009-00132-01 (18882) M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

* Con aclaración de voto del Consejero Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

6. No procede la conciliación extrajudicial en procesos de recobro de cuotas partes pensionales, por cuanto se trata de contribuciones parafiscales.

Síntesis del caso: En proceso de cobro coactivo promovido por la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca contra el Banco Popular S.A., para el recobro de cuotas partes pensionales, mediante acto administrativo se resolvieron las excepciones propuestas por el banco contra el mandamiento de pago. El banco demandó la nulidad de esos actos y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la demanda, por caducidad de la acción, al estimar que la solicitud de conciliación que se presentó no suspendió el término para el efecto, por tratarse de un asunto tributario. Se decide el recurso de apelación interpuesto contra esa decisión.

Extracto: “3.2. La Corte Constitucional, en sentencia C-895 de 2009, precisó el origen y la naturaleza de las cuotas partes pensionales, en el sentido de que desde mediados del siglo pasado se introdujeron en Colombia varias reformas tendientes a configurar un nuevo régimen de seguridad social en pensiones. Una de ellas consistió en permitir que el tiempo laborado en diferentes entidades se pudiera acumular para efecto del reconocimiento de la pensión de jubilación, estableciendo la obligación correlativa de cada entidad de contribuir proporcionalmente al pago de las mesadas respectivas. Igualmente precisó que, en la regulación de las cuotas partes pensionales, el deber de reconocimiento y pago de las mesadas siempre se ha asignado a la última entidad o caja a la que se encontraba vinculado el trabajador cuando ocurrió su retiro (o excepcionalmente a la que se vinculó por más tiempo), quien a su vez debe hacer el recobro, a prorrata, a las demás entidades obligadas. Pero que bajo ninguna circunstancia, esas normas permiten que sea el pensionado el que asuma las consecuencias que se derivan de la falta de pago o recobro de las precitadas cuotas. En ese escenario, concluyó que las cuotas partes son un importante soporte financiero para la seguridad social en pensiones, que representan un esquema de concurrencia para el pago de las mesadas pensionales, a prorrata del tiempo laborado en diferentes entidades o de las contribuciones efectuadas. 3.3. Ahora bien, a partir de la expedición de la Ley 1066 de 2006, por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública, el recobro de las cuotas partes pensionales se debe hacer mediante el procedimiento de cobro coactivo regulado en el Estatuto Tributario. 3.4. De conformidad con lo expuesto, se encuentra que la naturaleza de las cuotas partes pensionales es la de una contribución parafiscal, en tanto constituyen un aporte obligatorio del empleador, destinado al pago de las mesadas pensionales dentro del esquema de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Sobre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social y su destinación específica, conforme con el artículo 48 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha señalado que tales recursos son indispensables para el funcionamiento del sistema de seguridad social, y en esta medida están todos articulados para la consecución del fin propuesto por el Constituyente. 3.5. En ese entendido, como los actos administrativos demandados fueron emitidos en un proceso de cobro coactivo de una contribución parafiscal, el mismo versa sobre asuntos tributarios y, por ello, no es procedente la celebración de una audiencia de conciliación prejudicial”.

Auto de 25 de noviembre de 2014. Exp. 25000-23-27-000-2012-00250-01 (19567) M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

SECCIÓN QUINTA

1. Se plantea conflicto de jurisdicción ante el Consejo Superior de la Judicatura para que resuelva la competencia para conocer del proceso electoral contra la elección del señor Edgar Alexander Cipriano Moreno como Representante a la Cámara por el departamento del Guainía.

Síntesis del caso: Se pronuncia el despacho sobre el contenido de la petición elevada por el señor Luis Hernando Cabral Sandoval facultado por las “Autoridades tradicionales de la Comunidad Indígena del Resguardo Puinave y Piapoco”, en la que los Jueces Indígenas consideran que la competencia para conocer de la presente acción de nulidad electoral instaurada por el señor Ciro Alberto Vargas Silva en contra del acto de elección del señor Edgar Alexander Cipriano Moreno, Representante a la Cámara por el Departamento del Guainía, les asiste a ellos y no a la Sección Quinta del Consejo de Estado, donde actualmente se tramita, y proponen a ésta conflicto de competencia.

Extracto: “(...) resulta conveniente, advertir que el demandado Edgar Alexander Cipriano Moreno, fue elegido Representante a la Cámara por la circunscripción departamental de Guainía y no por la circunscripción especial indígena, conforme se corrobora en el formulario E-26 mediante el cual se declaró su elección con el aval del Partido Alianza Social Independiente. Lo anterior supone que la escogencia se hizo en el marco del sistema electoral nacional para representar al territorio geográfico del Guainía y no a las comunidades indígenas o grupos étnicos, que en gracia de discusión si así hubiera sido escogido, también le era aplicable el régimen electoral colombiano. Por otra parte vale la pena recordar que el cargo que ostenta el demandado Cipriano Mosquera, no obedece a una estructura u organización propia y exclusiva de los grupos indígenas con cosmogonías, visiones, tradiciones, usos o costumbres ancestrales propias de los diversos grupos étnicos y culturales, sino que corresponde al diseño institucional para el órgano legislativo colombiano que integra una estructura adoptada por el constituyente para la representación común de la mayoría de los colombianos. Por ello, la escogencia del órgano legislativo al que pertenece el demandado se realiza mediante el sistema y procedimiento electoral común y legalmente establecido por la Constitución Política y las leyes respectivas y no mediante métodos o procedimientos individuales y exclusivos de las diferentes comunidades indígenas. Así, todo el andamiaje normativo e institucional expedido por el Estado colombiano soporta y legitima el sistema electoral en sus diferentes manifestaciones. En todo caso, en la hipótesis que el señor Cipriano Moreno hubiere sido elegido en la circunscripción indígena, también estaría sometido a las reglas y procedimientos generales gobernados por el sistema electoral nacional y no por los excepcionales trámites de escogencia de las autoridades indígenas propias. (...) En gracia de discusión, así esté involucrado uno de los criterios de conocimiento (que el elegido pertenezca a una comunidad indígena), de los varios que se requieren como son el territorio, las autoridades legítimamente constituidas y que existan procedimientos y mecanismos de solución tradicionalmente aceptados, el control sobre los “actos administrativos” corresponde siempre al juez contencioso. Por las anteriores razones, este Despacho considera que la jurisdicción natural y legalmente establecida para conocer y enjuiciar los actos administrativos que declaran una elección o nombramiento es la jurisdicción de lo contencioso administrativa y concretamente, en el caso que nos ocupa, será el Consejo de Estado el encargado de resolver el litigio instaurado por el señor Ciro Alberto Vargas Silva en virtud de la adscripción competencial legal establecida en el numeral 3 del artículo 149 del C.P.A.C.A. Sin embargo, atendiendo el conflicto planteado, y con fundamento en el numeral 6 del artículo 256 de la Constitución Política y en el numeral 2 del artículo 112 de la Ley 270 de 1996 y en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, se determinará remitir las diligencias a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que dirima el conflicto de jurisdicción presentado, reafirmando desde luego la competencia de esta Corporación, decisión que se comunicará a los jueces indígenas”.

Auto de 27 de enero de 2015. Exp. 11001032800020140003000 M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

2. Se niega la nulidad del acto de elección del señor Jorge Emilio Rey Ángel como Representante a la Cámara por el departamento de Cundinamarca.

Síntesis del caso: Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, si el demandado vulneró el régimen de inhabilidades contemplado en el numeral 3° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 por haberse inscrito como Representante a la Cámara de Cundinamarca, y estar vigente, la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación en fallo de 31 de octubre de 2013, consistente en haber sido suspendido del cargo durante 30 días.

Extracto: “(...) la sanción impuesta a Jorge Emilio Rey Ángel fue la consagrada en el numeral 3° del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, esto es la de “suspensión” y no como, los demandantes sostienen “la de suspensión en el ejercicio del cargo con inhabilidad especial” establecida en el numeral 2° de ese mismo artículo. Por lo tanto, el fallo disciplinario contra el demandado solo tuvo la consecuencia consagrada en el numeral 2° del artículo 45 de la Ley 734 de 2002, esto es la “separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria” pero no le generó inhabilidad para desempeñar cargos públicos. En suma, para la Sección es claro que la sanción impuesta a Jorge Emilio Rey Angel en su calidad de alcalde de Funza, no lo inhabilitó para inscribir su candidatura, ni vició su elección como Representante a la Cámara por el Departamento de Cundinamarca, porque la sanción que le fue impuesta NO consagró expresamente alguna inhabilidad especial o general que le impidiera desempeñar cargos públicos.

Sentencia de 5 de febrero de 2015. Exp. 11001032800020140007800 M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO

3. Se niega la nulidad de la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013 del Consejo Nacional Electoral, ‘Por medio de la cual se adoptan medidas cautelares para el desarrollo en condiciones de plenas garantías de las elecciones atípicas de Gobernador del Huila del 14 de abril de 2013.’

Síntesis del caso: El señor Pedro Felipe Gutiérrez Sierra demandó la nulidad de la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013, expedida por el CNE, por medio de la cual se prohibió continuar con la campaña de promoción del voto en blanco en las elecciones atípicas de gobernador del departamento del Huila del 14 de abril de 2013, a través de medidas tales como: i) Ordenar a los alcaldes e integrantes de la Policía Nacional de los municipios que integran esa circunscripción electoral que retiraran la respectiva propaganda; ii) Ordenar a los operadores y concesionarios de espacios de radio y televisión la suspensión inmediata de la publicidad relacionada con esa campaña; y iii) Exhortar a la comunidad vinculada con la promoción de esa campaña a que no continuara con la misma.

Extracto: “(...) la Sala pone de presente que según lo consagra el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 la promoción del voto en blanco solamente puede llevarse a cabo por los partidos y movimientos políticos y los comités independientes, es decir, por las organizaciones políticas, quienes para ello deben cumplir algunas exigencias, entre otras inscribirse ante la autoridad electoral competente para formalizar ese acto. La Sala colige de lo argüido hasta ahora, que no es de recibo la afirmación del demandante en el sentido de que si la promoción del voto en blanco proviene de “ciudadanos sin afiliación a partidos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos...”, únicamente se aplica el Art. 40 de la C.P., ya que en la medida que se esté ante una propaganda electoral o campaña electoral que promuevan dicha opción, como de hecho lo verificó el CNE en el sub lite y no fue objetado por el actor, ella debe sujetarse a las normas constitucionales y legales que la gobiernan, en especial debe inscribirse la campaña para que la Organización Electoral pueda cumplir su misión de velar porque las reglas fijadas para todas las campañas se acaten. De lo anterior sin embargo no puede concluirse que la Sala esté negando eficacia a

la garantía de libertad de expresión a título personal del individuo que decida manifestar en público respaldo al voto en blanco, pues en la medida que no lo haga con carácter colectivo organizado, bajo la forma de una campaña o propaganda electoral, como de hecho sucedió en las elecciones atípicas para gobernador del Huila, nada se le puede reprochar a esa conducta. Esto plantea la existencia de una delgada línea entre el legítimo derecho de los ciudadanos a respaldar públicamente el voto en blanco y el deber de hacerlo bajo la forma de un comité promotor, frontera que el operador jurídico debe definir en cada caso en concreto, como así acaeció en el sub lite en que se constató que se trató de una campaña electoral. Mucho menos se asume como cierta la afirmación de que el CNE “incurrió en falta de competencia” al expedir el acto demandado, puesto que para la Sala es claro que dicha entidad obró dentro del marco competencial consagrado en el artículo 265 Constitucional, modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2009, que le impone el deber de inspeccionar, vigilar y controlar toda la actividad electoral de las organizaciones políticas, lo que por supuesto cobija las campañas electorales que los particulares pretendan adelantar por fuera del ordenamiento jurídico. Además, quedó demostrado que el CNE obró en ejercicio de sus atribuciones de policía administrativa electoral, pues valiéndose del poder de policía fijado por el constituyente y el legislador en las normas examinadas en esta providencia, y de la función de policía reflejada en el reglamento contenido en la Resolución 920 de 18 de agosto de 2011, la decisión asumida por medio de la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013 -acto acusado- verdaderamente corresponde a una típica actividad de policía administrativa, ya que tras verificarse que algunas personas habían emprendido una propaganda electoral y una campaña de apoyo a la opción del voto en blanco, sin haber inscrito el comité independiente respectivo, hizo respetar el marco normativo inobservado, para lo cual prohibió que esa campaña y su divulgación publicitaria continuara, impartiendo al efecto órdenes a los medios de comunicación y a los jefes del gobierno local de los municipios del departamento del Huila para que hicieran efectiva la medida”.

Sentencia de 22 de enero de 2015. Exp. 11001032800020130003000 M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA

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

4. Se admite demanda y se niega suspensión provisional contra el acto de elección del señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Síntesis del caso: La señora Astrid Castellanos Correcha presenta demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral, en la que formuló la siguiente pretensión: “Que se declare la nulidad del Acuerdo N° 042 de 2014 “Por medio del cual se designa rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, periodo 2015-2018”, emanado del Consejo Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, a través del cual se declaró la designación del Dr. Gustavo Orlando Álvarez Álvarez, con cinco votos.”

Extracto: “ (...) en la demanda la actora solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 42 de 2014, argumentando que el Acuerdo N° 41 de 2014, mediante el cual se convocó a consulta a la comunidad universitaria de la UPTC con el fin de conformar el grupo de elegibles de los cuales se seleccionaría al rector de la universidad, se publicó un día después a aquel en que se inició la consulta a profesores y estudiantes, lo cual vulneró los derechos políticos a elegir y ser elegido y de acceso a los cargos públicos; así como los derechos al debido proceso y buena fe en las actuaciones administrativas, toda vez que esa circunstancia restringió la posibilidad de participación de toda la comunidad, toda vez que impidió que los candidatos iniciaran y finalizaran con normalidad sus campañas electorales y que se conocieran las alternativas ofrecidas por éstos. Según el 231 del C.P.A.C.A. la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procederá “por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. En el sub-examine la Sala considera que la medida cautelar pedida por la demandante no es susceptible de decretarse, toda vez que al expediente no se aportó copia del Acuerdo N° 41 de 2014 ni prueba de la fecha en que éste fue publicado que permita determinar que, en efecto, como lo afirma la señora Castellanos Correcha, éste se publicó

con posterioridad a la fecha en que se inició la consulta a la comunidad universitaria de la UPTC. Demostrar la existencia del hecho que soporta la solicitud de suspensión provisional es una carga que, como se dijo con antelación, corresponde a quien pretenda se decrete la medida cautelar, pues ante la ausencia de prueba corresponderá al juez de conocimiento de la solicitud negarla, como se hará en esta oportunidad. Por lo tanto, comoquiera que no se encuentran los elementos necesarios para decretar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, se negará la medida cautelar.

Auto de 5 de febrero de 2015. Exp. 11001032800020140014100 M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA

* Con aclaración de voto del Doctor Alberto Yepes Barreiro.

5. Se revoca parcialmente auto de 16 de diciembre de 2014, proferido por el Despacho del Dr. Alberto Yepes Barreiro, mediante el cual declaró terminado el proceso por abandono.

Síntesis del caso: El asunto en estudio se originó en la demanda que presentó la señora Yuri Cristina Buelvas Silva en contra del acto que declaró la elección de Representantes a la Cámara por el Departamento de Bolívar y que el recurso de súplica deviene de la decisión del ponente de dar por terminado el proceso por abandono, que fue proferida el 16 de diciembre de 2014. El problema jurídico a determinar es si las publicaciones en prensa fueron acreditadas oportunamente o no, pues de ello depende si se confirma o no la decisión suplicada y, en forma más trascendente, si la actora perdió o no su oportunidad de discutir jurisdiccionalmente la controversia que plantea en la demanda.

Extracto: “(...) Visto el acervo probatorio del iter procesal es claro que la notificación personal al señor Agente del Ministerio Público se efectuó el 23 de septiembre de 2014 y, conforme con la previsión del literal f) del numeral 1° del artículo 277 del C.P.A.C.A., los términos concedidos por el auto notificado, esto es, el admisorio de la demanda, comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según el caso. De tal suerte que como la notificación al Ministerio Público debe darse personalmente, es esa fecha, el 23 de septiembre de 2014 el parámetro de inicio para el conteo de cualquiera de los términos que prevé el artículo 277 incluido los 20 días para la publicación del aviso. Es por ello que los tres (3) días siguientes a la notificación personal que prevé el literal f) de marras, corrieron los días miércoles 24, jueves 25 y viernes 26 de septiembre de 2014 y los veinte (20) días para acreditar la publicación en prensa comenzaron a correr al día hábil siguiente, esto es, el lunes 29 de septiembre, feneciendo este término el 28 de octubre de 2014. Considera la Sala que si bien el Despacho instructor del proceso hizo expresa y evidente mención a las consecuencias de que la actora incumpliera la carga procesal de la publicación del aviso en prensa, incurrió en error al considerar que el oficio de 19 de septiembre de 2014 contenía la notificación personal al Ministerio Público, cuando simplemente se trataba de una notificación por estado con el que la Secretaría de esta Sección informa la existencia de la providencia y del proceso de nulidad electoral, sin que tenga la virtud de suplir ni de considerarse la notificación personal. Ha de notarse que en el estado de 19 de septiembre no se advierte ni que sea notificación personal y menos que se le estén anexando los traslados como sí se advierte en la literatura del oficio de 23 de septiembre de 2014. Es más el aviso que se entrega a la parte actora para publicación en prensa, tan solo es expedido por la Secretaría el día de la notificación personal, esto es, el 23 de septiembre como puede constatarse a folio 476 y, por ende, a 19 de septiembre ni siquiera había sido elaborado. Por lo anterior, le asiste razón a la parte suplicante, toda vez que no se encuentra probado el supuesto fáctico que prevé la norma (literal g) del numeral 1° del art. 277 del C.P.A.C.A) para considerar que la parte actora abandonó el proceso, en tanto sí acreditó en forma oportuna con destino al expediente y mediante conducta procesal material activa y eficaz que desplegó ante la Secretaría, las publicaciones en prensa del aviso y, en tal sentido se revocará el auto suplicado, a fin de que continúe el trámite correspondiente dentro de la acción de nulidad electoral de la referencia”.

Auto de 5 de febrero de 2015, Exp. 11001032800020140006900 M.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SALA DE CONSULTA

1. La Sala de Consulta y Servicio Civil aclaró en qué forma se debe acreditar la posesión para que sea plena prueba de propiedad a la luz del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012.

Síntesis del caso: El Director del Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre "Coldeportes", consulta acerca de la posesión como prueba de la propiedad de los bienes inmuebles de naturaleza pública, para los efectos dispuestos en el inciso final del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012. El problema jurídico consiste en establecer las condiciones en que se debe acreditar la posesión de los bienes públicos, para los fines contemplados en el inciso final del citado artículo. Conceptuó la Sala, que el ordenamiento jurídico colombiano no permite en materia de inmuebles de naturaleza pública o privada que la posesión sea plena prueba de propiedad, bajo ninguna circunstancia.

Extracto: En conclusión, resulta aplicable a las diferentes hipótesis en las cuales el Estado es poseedor de un bien inmueble, con las particularidades de cada caso, así:

(a) En los casos en los cuales el municipio es propietario del bien fiscal inmueble y cuenta con un registro inmobiliario en tanto que su tratamiento se asemeja al de los bienes privados, la prueba que deberá aportarse, pues resulta útil para acreditar la propiedad y, a partir de ahí inducir la posesión, será el certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. En otras palabras, la norma en cuestión, inciso final del artículo 48 de La Ley 1551 de 2012, parte del principio de que en algunas situaciones las entidades nacionales exigen la prueba de la propiedad sobre los bienes inmuebles de los municipios que recibirán la intervención, razón por la cual si el municipio es el propietario y cuenta con el registro inmobiliario respectivo, deberá probar este derecho real mediante el certificado correspondiente, expedido en los términos del artículo 67 de la Ley 1579 de 2012. Es razonable y jurídico que si se cuenta con el documento, frente a la exigencia de la entidad nacional de la prueba de la propiedad, el municipio lo aporte. No obstante, en atención a que el artículo mencionado permite que la posesión sea suficiente frente a las entidades nacionales, solo para efectos de la inversión, será también posible, si el municipio no cuenta con el certificado de registro correspondiente, que acredite la posesión y la destinación al uso público o a los servicios públicos.

(b) En los casos en los cuales el Estado es propietario y el título correspondiente consta exclusivamente en la Constitución Política o en las leyes -por ejemplo, los bienes baldíos, ejidos, bienes de uso público-, las entidades nacionales que exijan título de propiedad a las entidades territoriales para proceder con las inversiones en el inmueble correspondiente, habrán de darse por satisfechas con la acreditación de la posesión y de la destinación del bien al uso público o a un servicio público.

(c) En relación con aquellas situaciones en las cuales el Estado es poseedor, pero no propietario - puesto que no cuenta con título alguno de índole constitucional, legal o registral- y ha configurado una situación susceptible de ser calificada como ocupación de hecho permanente de bien inmueble con ánimo de señor y dueño, la posesión y la destinación habrán de acreditarse en la forma explicada en relación con el entendimiento de la figura bajo los elementos del *animus* y el *corpus*. En el supuesto específico de la ocupación de hecho de una entidad estatal sobre un bien de propiedad privada, no es posible concluir que la posesión del bien suple la prueba de la propiedad del Estado, puesto que resulta evidente que en este caso el bien no es de propiedad del Estado sino del particular, a quien una entidad estatal ha ocupado sin el respaldo de la juridicidad. Tanto así que el particular tiene derecho a demandar para que se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado y se le indemnice (artículo 140 de la Ley 1437 de 2011). A pesar de ello, el contenido de la norma es inequívoco en cuanto a que incluso en esta situación la

prueba de la posesión y la destinación del inmueble por parte del municipio, es suficiente para que la entidad nacional dé por satisfechos los requisitos para proceder con la inversión. Por último, la prueba de la “*destinación al uso público o a la prestación de un servicio público*” del bien puede provenir de: (i) disposición legal; (ii) instrumentos de planeación, como el POT; (iii) acto administrativo de afectación del bien inmueble; (iv) inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente de la afectación y su vigencia, cuando haya lugar a ello; (v) certificación debidamente motivada expedida por la entidad en la que conste el uso específico que se le da al bien; (vi) otros documentos o medios probatorios idóneos en los que se evidencie el uso público o la destinación del bien a un uso o un servicio público.

Concepto 2154 del 18 de junio de 2014, Exp. 11001-03-06-000-2013-00364-00 (2154) M.P. ÁLVARO NAMÉN VARGAS. Levantamiento de reserva legal mediante auto del 13 de enero de 2015

ÍNDICE TEMÁTICO

LEY 1437

- No es posible extender los efectos de una sentencia de la Corte Constitucional a través del mecanismo de extensión de la jurisprudencia.
- Se establece cuál es la conducta procesal exigida al demandante, de conformidad con lo establecido en el literal g) del numeral 1° del artículo 277 del C.P.A.C.A., so pena que se decrete la terminación del proceso por abandono.

ACCIONES DE TUTELA

- Se amparó el derecho fundamental al debido proceso de la Corporación Deportes Quindío S.A.
- Indebida notificación de la sentencia al Municipio de Bucaramanga vulneró sus derechos fundamentales de defensa, contradicción y acceso a la administración de justicia.
- EPS deberá suministrar medicamento cuyo uso no se encuentra prescrito en el listado del registro sanitario INVIMA para el tratamiento de la enfermedad de Neuromielitis Óptica.
- Tribunal Administrativo del Valle del Cauca debe proferir un nuevo fallo, en proceso de responsabilidad por lesiones causadas en accidente de tránsito con vehículo y agente del Ejército Nacional. Para el efecto, deberá aplicar la presunción de ingresos por un SMLMV en el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.
- El juez de tutela debe verificar y garantizar que el derecho al debido proceso de las personas jurídicas, en procesos sancionatorios del derecho cambiario, no sea vulnerado bajo ninguna circunstancia.
- Concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por sí mismo, no vulnera derechos fundamentales, en razón a que no goza de fuerza jurídica vinculante.
- Es procedente, de manera transitoria, la acción de tutela interpuesta por ex funcionarios del DAS y de la Contraloría General de la República, puesto que se presenta inminente peligro de vulneración de derechos fundamentales y no es posible la interposición del mecanismo idóneo por el cese de actividades de la Rama Judicial.

SECCIÓN PRIMERA

- Toda circular, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa se encuentra sujeta al control de los jueces, en aras de una más efectiva garantía del principio de Estado de Derecho.
- Se vulnera el derecho a la igualdad al prohibirse para algunos miembros de la Policía Nacional el uso del bigote.
- Por el incumplimiento de los compromisos la Superintendencia de Industria y Comercio puede hacer efectiva la póliza otorgada como garantía de suspensión de la conducta que originó una investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

SECCIÓN SEGUNDA

- La Sección Segunda del Consejo de Estado profirió sentencia de unificación en el sentido de tener en cuenta, para efectos del reconocimiento de la pensión gracia, el tiempo de servicio prestado como docente hora cátedra.
- La movilidad del personal no es una facultad del empleador, unilateral y omnímoda, puesto que está limitada por los principios laborales fundamentales del artículo 53 de la Constitución Política y que el empleador para ejercer el ius variandi no tiene una potestad absoluta.
- Se declara la nulidad de la sanción disciplinaria impuesta al Subsecretario Técnico de Tránsito y Transporte de Bogotá por el accidente del bus del Colegio Agustiniiano Norte, al encontrarse que la conducta no se encontraba subsumida dentro de la descripción típica del artículo 48, numeral 38 de la Ley 734 de 2002.
- En aplicación de la primacía de la realidad sobre las formalidades se encontró probada la existencia de una relación laboral en la contratación de servicios médicos prestados a la Empresa Social del Estado Metrosalud, a través de empresas de servicios temporales.
- Se niega la nulidad del acto que declaró la vacancia del cargo de Concejal de Bogotá, proferido en cumplimiento de la ejecución de la sanción de destitución e inhabilidad para desempeñar cargos públicos, por tornarse ésta última en falta absoluta al superar el periodo del cargo, así como por expedirse por funcionario competente.

SECCIÓN TERCERA

- Criterios para determinar el monto de la indemnización, en caso de siniestro, en un contrato de seguro de transporte.
- Para declarar la nulidad de un contrato estatal por objeto ilícito no es indispensable la existencia de una norma que diga expresamente que es nulo, por el contrario, debe existir una norma que mande o prohíba.
- La entidad estipulante en un contrato de seguro, donde se pacta una estipulación a favor de un tercero, está legitimada para incoar la acción contractual por incumplimiento del promitente y en consecuencia solicitar el reconocimiento de perjuicios.
- Los pliegos de condiciones no pueden transgredir lo prescrito en la ley y deben interpretarse de conformidad con ella.
- Si el sindicato, con su actuación, contribuye a configurar una culpa grave o dolo se exime de responsabilidad a la administración por privación injusta de la libertad, aún en aquellos supuestos en los que las causales de exoneración no hayan sido alegadas por la defensa.
- Se configura una falla del servicio, y por lo tanto se genera la responsabilidad del Estado, por la muerte de una funcionaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, quien se encontraba amenazada por el desempeño de sus funciones. La entidad no garantizó sus derechos y limitó su intervención a autorizar su reubicación y no informar a la autoridad competente - Policía Nacional-, sobre el riesgo que corría.
- Se condenó a la Rama Judicial por error jurisdiccional en el que incurrió la Sección Quinta del Consejo de Estado, al dictar sentencia que anuló parcialmente el acto administrativo que declaró elegido al Gobernador del Departamento de Casanare para un período de tres años, comprendido entre 1996 a 1999.
- Se exoneró de responsabilidad patrimonial a la Procuraduría y a la Fiscalía General de la Nación, al no acreditar la actora las restricciones a la libertad y la renuncia provocada alegadas en acción contenciosa instaurada contra las entidades mencionadas, en virtud de los procesos disciplinario y penal adelantados en su contra en su calidad de Defensora de Familia, al ser sindicada de homicidio culposo de bebé que se encontraba en Centro del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por omitir su obligación de prevención, protección integral y bienestar del infante fallecido.

SECCIÓN CUARTA

- En aplicación del principio de fuente productora de la Decisión 578 de la CAN, para calcular la renta presuntiva es viable excluir de la base de esta el valor de los bienes que el contribuyente posea en otro país miembro de la comunidad andina.

- La DIAN puede reliquidar las sanciones aceptadas mediante liquidación oficial de corrección de la declaración informativa individual de precios de transferencia.
- La cuota de control fiscal tiene naturaleza tributaria y, por ende, no es conciliable.
- El impuesto al consumo cobrado por el comercializador al consumidor final no hace parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio en la actividad comercial de distribución, dado que no constituye un ingreso para el comercializador.
- Son deducibles los gastos por pérdidas derivadas de contratos de cobertura de riesgos cambiarios “forward non delivery”.
- No procede la conciliación extrajudicial en procesos de recobro de cuotas partes pensionales, por cuanto se trata de contribuciones parafiscales.

SECCIÓN QUINTA

- Se plantea conflicto de jurisdicción ante el Consejo Superior de la Judicatura para que resuelva la competencia para conocer del proceso electoral contra la elección del señor Edgar Alexander Cipriano Moreno como Representante a la Cámara por el departamento del Guainía.
- Se niega la nulidad del acto de elección del señor Jorge Emilio Rey Ángel como Representante a la Cámara por el departamento de Cundinamarca.
- Se niega la nulidad de la Resolución 977 de 20 de marzo de 2013 del Consejo Nacional Electoral, ‘Por medio de la cual se adoptan medidas cautelares para el desarrollo en condiciones de plenas garantías de las elecciones atípicas de Gobernador del Huila del 14 de abril de 2013.’
- Se admite demanda y se niega suspensión provisional contra el acto de elección del señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- Se revoca parcialmente auto de 16 de diciembre de 2014, proferido por el Despacho del Dr. Alberto Yepes Barreiro, mediante el cual declaró terminado el proceso por abandono.

SALA DE CONSULTA

- La Sala de Consulta y Servicio Civil aclaró en qué forma se debe acreditar la posesión para que sea plena prueba de propiedad a la luz del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012.

NOTICIAS DESTACADAS

Dentro del espacio “Consejo de Estado en línea: De cara al país”, el próximo 26 de marzo se realizará la segunda videoconferencia a cargo del magistrado de la Sección Segunda, Guillermo Vargas Ayala.

El tema de la videoconferencia será “El juez contencioso, juez de la naturaleza” y será transmitida, vía ustream, por la página web de la Corporación, a las 10 de la mañana.

La siguiente videoconferencia estará a cargo de la exmagistrada del Consejo de Estado, Ruth Stella Correa.

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

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

Para cualquier inquietud escribanos a:

boletin@consejoestado.ramajudicial.gov.co

CONSEJO EDITORIAL

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO

Vicepresidente

Sala de Gobierno

María Claudia Rojas Lasso

Presidente Sección Primera

Gerardo Arenas Monsalve

Presidente Sección Segunda

Carlos Zambrano Barrera

Presidente Sección Tercera

Jorge Octavio Ramírez

Presidenta Sección Cuarta

Lucy Bermúdez Bermúdez

Presidenta Sección Quinta

Álvaro Namén Vargas

Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Liliana Becerra

Relator Sección Primera

Gloria Cristina Olmos y

José Orlando Rivera

Relatores Sección Segunda

Narly del Pilar Morales, Gloria

Stella Fajardo y Yolanda

Velásquez Zárate

Relatoras Sección Tercera

Magaly Santos Murillo

Relatora Sección Cuarta

Jacqueline Contreras

Relatora Sección Quinta

Alejandro Vargas García

Relator Sala de Consulta

Carolina Valenzuela

Relatora Acciones

Constitucionales

Coordinación General

Nohra Galeano Parra

Magistrada Auxiliar

Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2361

Jefe de Divulgación

- Nancy Torres Leal

Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2117