Publicación Quincenal

BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

República de Colombia
Consejo de Estado

No 119- Marzo 07 de 2013
BOGOTÁ, COLOMBIA

www.consejodeestado.gov.co

EDITORIAL

En el marco del encuentro internacional de jurisdicciones contenciosas, el Consejo de Estado, en asocio con algunas entidades estatales, adelantará los días 20 y 21 de marzo próximo el foro "*El medio ambiente y la creación colectiva*".

El evento será la oportunidad para reunir a los sectores privado, judicial y administrativo del país. Sea este el espacio para invitar a la comunidad jurídica a participar de un escenario que pretende la exposición de casos de gestión ambiental en los diferentes sistemas jurídicos para enriquecer la labor del juez administrativo en torno a temas trascendentales de la realidad nacional e internacional.

Alfonso Vargas Rincón

Contenido:

Editorial 1

Jurisprudencia del Consejo de Estado al Día

- Acciones Constitucionales 1
- Sección Primera 5 -6
- Sección Segunda 6 -12
- Sección Tercera 12- 27
- Sección Cuarta 27 - 35
- Sección Quinta 35 -38
- Sala de Consulta 38 - 39
- Noticias Destacadas 40

Noticias destacadas

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO RECIBIÓ DOS CONDECORACIONES POR PARTE DE LA GOBERNACIÓN DE BOYACÁ Y EL ALCALDE DEL MUNICIPIO DE RAMIRIQUÍ.

El RECONOCIMIENTO SE ENTREGÓ EN EL MARCO DEL ENCUENTRO DE LA CIVILIDAD, EL PASADO 1 DE MARZO DE 2013 EN DICHA POBLACIÓN.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO AL DÍA

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

ACCIONES CONSTITUCIONALES

ACCIONES DE TUTELA

1. No hay afectación del derecho de acceso a la administración de justicia cuando se rechaza la demanda de nulidad y restablecimiento porque no se acreditó el trámite de la conciliación prejudicial aunque se hubiere solicitado la suspensión provisional del acto.

La accionante solicita el amparo de su derecho de acceso a la administración de justicia el cual estima vulnerado porque los funcionarios judiciales rechazaron la demanda en acción de nulidad y restablecimiento por no acreditar el trámite de la conciliación prejudicial, cuando a su juicio, éste no era exigible pues también solicitó la suspensión provisional de los actos administrativos acusados. Al respecto indicó la Sala que la solicitud de protección es improcedente porque se dirige contra dos providencias judiciales únicamente por estar en desacuerdo con su sentido, al ser adversas a los intereses de la accionante, mas no así, porque se alegue y se demuestre que tal decisión contiene una protuberante lesión del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia o del derecho de defensa. En criterio de la tutelante no debía agotar la conciliación prejudicial pues había solicitado con la demanda la suspensión provisional de los efectos del acto demandado y, además, porque la legalidad de los actos administrativos no es un asunto susceptible de conciliación. Al respecto la Sala señaló que tales argumentos

para cuestionar el rechazo de la demanda no comportan en sí mismos un vicio procesal ostensible y grave que haga procedente la tutela contra las providencias judiciales censuradas, puesto que estos no sustentan ni de ellos se evidencia la vulneración atribuida a los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

Sentencia 4 de octubre de 2012, Exp. 11001-03-15-000-2012-01247-00(AC), M.P.(E) SUSANA BUITRAGO VALENCIA.

2. Se ordena a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral la inscripción de la accionante en el registro único de victimas, pues su negativa desconoció el principio de buena fe y las pruebas aportadas.

Al confirmar el fallo que concedió el amparo y censuró negativa de la otrora Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional "Acción Social", de inscribir a la accionante y su núcleo familiar en el Registro Único de Víctimas, en primer lugar la Sala determinó la procedencia de la acción contra los actos administrativos que negaron la inscripción porque no es posible que bajo el ropaje de la presunción de legalidad y la firmeza de los actos administrativos, se restrinja al desplazado por la violencia el acceso al sistema de justicia a través de la tutela. De igual forma, consideró la Sala que las razones aducidas por la entidad accionada para negar el registro, no se ajustan a los postulados de interpretación de las normas acerca de los desplazados, ni encuentran respaldado en elementos de juicio adicionales que desvirtuaran la situación de desplazamiento. Señaló la Sala que la entidad accionada incurrió en un abierto desconocimiento del principio de la buena fe y quebrantó los derechos fundamentales de la demandante, pues realizó un análisis sesgado de la situación particular de la actora, al considerar que las razones del traslado obedecieron a circunstancias de "tipo personal", cuando la narración de la petente coincide con la particular situación que viven algunas regiones del país en donde la ausencia de las instituciones estatales es evidente, y las organizaciones subversivas a través de actos delincuenciales, imparten una mal llamada "justicia" a los pobladores. Añadió la Sala que la entidad demandada no analizó la certificación expedida por la Secretaría de Gobierno del Corregimiento, en la que consta que la actora y su núcleo familiar fueron desplazadas de su lugar de origen por amenazas del frente 17 de las FARC; documento que se considera suficiente para derivar a la demandante en tutela, su calidad de persona desplazada por la violencia.

Sentencia de 3 de diciembre de 2012, Exp. 25000-23-41-000-2012-00344-01(AC), M.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

3. Procedencia de los recursos contra autos dictados en ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Superintendencia de Industria y Comercio hace improcedente la acción de tutela

Al revocar la sentencia que había otorgado el amparo reclamado por la empresa demandada dentro de un proceso de competencia desleal, la Sala indicó que el Código General Proceso es de orden público y de inmediata aplicación en el presente caso, entonces, la norma a observar para efectos de resolver sobre los recursos interpuestos con posterioridad al 12 de julio de 2012 contra autos dictados en ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Superintendencia de Industria y Comercio es el Código General del Proceso y no la Ley 446 de 1998, así la providencia haya sido expedida antes de la entrada en vigencia del C.G.P., pues la existencia del recurso está contemplada en la nueva norma. De lo anterior, indica la Sala, se deriva que contra el auto expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio proceden los recursos interpuestos y, por cuanto el actor tiene este otro mecanismo para la defensa de sus derechos, del cual hizo uso dentro del procedimiento judicial y que todavía no ha sido decidido, la acción de tutela resulta improcedente.

Sentencia de 6 de diciembre de 2012, Exp. 25000-23-42-000-2012-00835-01(AC), M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA

4. Decisión que negó el incidente de desacato sin revisar el contenido del fallo de tutela y del derecho de petición que se protegió en esa oportunidad, violó el debido proceso por defecto fáctico.

Al decidir la acción de tutela interpuesta contra la decisión que negó el desacato al fallo de tutela que amparó el derecho de petición de un ciudadano que solicitó reparación administrativa, la Sala indicó que erró el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la providencia que dio por cumplida la sentencia de tutela porque en dicho auto se cita el contenido de la respuesta emitida por la entidad obligada a resolver la petición, pero no se revisó el contenido de la petición ni del fallo de tutela que dio origen al incidente de desacato, lo que conllevó a que el tribunal considerara que se había dado cumplimiento a la orden de tutela sin que en realidad dicha situación ocurriera. A juicio de la Sala, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no tuvo en cuenta que el hecho victimizante en el que el accionante basó su petición de reparación administrativa no era el desplazamiento forzado, como concluyó la Unidad para la Reparación Integral a las Víctimas al momento de emitir la respuesta, sino la muerte del padre del peticionario, tema que no fue abordado en la contestación al derecho de petición, a pesar de que era dicha situación la que generaba la petición de reparación como víctima de la violencia. Por lo anterior, concluyó la Sala que el tribunal incurrió en un defecto fáctico por indebida valoración probatoria al omitir analizar en conjunto los documentos que sirvieron de fundamento al accionante para presentar el incidente de desacato.

Sentencia de 6 de diciembre de 2012, Exp. 11001-03-15-000-2012-02031-00(AC), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.

5. Las controversias existentes entre las entidades accionadas y los trámites que deben adelantar las mismas respecto a los recursos para cancelar el retroactivo salarial y prestacional reconocido a la accionante, no son cargas susceptibles de ser trasladadas a los administrados. Se ampara el derecho al mínimo vital de pensionada.

La accionante solicitó la protección de sus derechos, presuntamente desconocidos por la omisión en el pago del retroactivo adeudado en virtud del proceso de homologación del cargo. Al resolver la impugnación presentada por las entidades accionadas, la Sala accedió al amparo al considerar que a la accionante se les adeuda hace bastante tiempo una prestación que no es una prebenda de la administración sino la justa retribución de su trabajo, privándola de la posibilidad de cancelar las obligaciones que ha adquirido, y por ende, de evitar que las mismas en un futuro afecten su patrimonio y eventualmente su derecho al mínimo vital. Y agregó que, si bien la accionante tiene derecho a una mesada pensional, el monto de ésta no es significativo, por lo que en principio con la misma sólo podría satisfacer sus necesidades básicas, y el reconocimiento y pago del referido retroactivo contribuiría en gran manera a que ella cancelara las obligaciones crediticias que tiene a cargo, y por consiguiente pudiera mejorar algunos aspectos determinantes de su subsistencia en condiciones dignas. En relación con la actitud de las entidades accionantes quienes en los escritos de impugnación, cada una considera que las demás son las responsables de adelantar las gestiones pertinentes para el pago del retroactivo reclamado por la demandante y exponen las actuaciones e inconvenientes que han afrontado para conseguir los recursos para responder por las obligaciones generadas con ocasión del referido proceso de homologación y nivelación salarial, la Sala resaltó que las controversias existentes entre las entidades accionadas y los trámites que deben adelantar las mismas respecto a los recursos para cancelar la obligación reclamada, no son cargas susceptibles de ser trasladadas a los administrados.

Sentencia de 13 de diciembre de 2012. Exp. 20001-23-33-000-2012-00116-01(AC), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE

ACCIONES POPULARES

1. La E.A.A.B. E.S.P. debe construir el Colector Piamonte, ante la violación de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, y al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, pero los costos de dicha obra deben ser asumidos por los usuarios.

Al resolver la impugnación presentada contra la decisión de amparo de los derechos colectivos afectados por el deficiente sistema de alcantarillado del barrio Laureles, de la localidad de Bosa, advirtió la Sala que ciertamente hubo una violación de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, y al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, debido a la presencia de basuras en el vallado San José, y al deficiente sistema de alcantarillado del barrio Laureles, que no drenaba adecuadamente las aguas residuales y pluviales, generando el estancamiento de éstas e inundaciones de los inmuebles del sector, exponiendo a la comunidad a obvios problemas de salubridad pública. Por ello, para la Sala, acertó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al haber condenado a la E.A.A.B. E.S.P. a construir el Colector Piamonte, pues dicha obra es indispensable para lograr una adecuada prestación del servicio público de alcantarillado en el barrio Laureles y salvaguardar los derechos colectivos invocados. No obstante acreditarse un hecho superado pues las obras de construcción del Colector Piamonte y del alcantarillado pluvial del barrio Laureles fueron culminadas y puestas en operación, la Sala adicionó la sentencia para señalar que los costos de la construcción del colector Piamonte deben ser asumidos por los usuarios, pues según lo previsto en el artículo 8º del Decreto 302 de 2002, la construcción de este tipo de redes es responsabilidad de los urbanizadores y/o constructores y, si bien podría ejecutarse por la entidad prestadora de los servicios, la norma citada dispone que estos los asuman. En la misma decisión la Sala confirmó la fijación del pago del incentivo a cargo del Distrito Capital porque el incumplimiento de parte del constructor y/o urbanizador de la obligación de construir redes de alcantarillado en el Barrio Los Laureles pudo haber sido advertido por la Alcaldía de Bosa, si ésta hubiese ejercido sus funciones policivas para exigir la estricta observancia de las normas urbanísticas.

Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Exp. 25000-23-27-000-2005-00814-01(AP), M.P. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO.

2. Es obligación del INVIMA atender las recomendaciones señaladas en el fallo de la acción popular, en el sentido de colocar franja color violeta en medicamentos que contienen el principio activo Misoprostol, para la salvaguarda del derecho a la salubridad pública, pues constituyen órdenes perentorias y vinculantes.

Para la Sala, es claro que INVIMA está obligada a acatar la recomendación emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, toda vez que se encuentra amparada en la estricta observancia de una norma de superior jerarquía, y tiene como fin prevenir a la consumidora del contenido y efectos del este medicamento. Agregó que, los medicamentos que contienen el principio activo Misoprostol, por estar clasificado como de "control especial", deben independientemente de causar dependencia o no, tener en sus etiquetas o empaques la franja color violeta de conformidad con el artículo 73 ídem, a fin de prevenir una futura amenaza del derecho colectivo a la salubridad pública. Al definir los alcances de las recomendaciones emitidas por una autoridad judicial, cuando no se encuentra probada la vulneración de derechos colectivos, indicó la sala que si bien es cierto que dentro del proceso la parte actora no demostró que la omisión en que incurrió el INVIMA, de no incorporar la franja de color violeta en los medicamentos que contienen Misoprostol, vulnere algún derecho colectivo, razón por la que no se emite una orden para su protección, sí resultaba pertinente impartir una recomendación, como lo hizo el Tribunal, dado el carácter preventivo de la acción popular. Además, el juez popular, como director del proceso, puede conminar, exhortar, recomendar o prevenir a fin de evitar una eventual vulneración o afectación de los derechos colectivos que se pretendieron proteger, sin que tal decisión constituya un capricho del juez constitucional. La Sala advirtió que las recomendaciones que el *a quo* en esta oportunidad realiza, tienen el carácter de órdenes perentorias y vinculantes, cuyo desobedecimiento acarrea la imposición de las sanciones de ley por desacato, conmutable con arresto.

Sentencia de 15 de noviembre de 2012, Exp. 25000-23-24-000-2011-00474-01(AP), MP. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

SECCIÓN PRIMERA

1. Proceso liquidatorio de Cajanal S.A EPS., debido proceso, validez de la notificación electrónica, finalidad del proceso de disolución y liquidación.

Se confirma la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda, ya que se considera la notificación electrónica como un medio idóneo, y además porque el actor no señaló las normas que fueron desconocidas en el curso del proceso de liquidación de CAJANAL S. A. EPS.

EXTRACTO: Esta Sala ha aceptado como válida, la notificación de las decisiones administrativas por medios electrónicos, vía Internet, por considerarla un medio idóneo para tal efecto. Ahora bien, la Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que el proceso concursal (en este caso el de disolución y liquidación de CAJANAL S.A EPS), tiene por finalidad, la pronta realización de los activos y el pago del pasivo de la entidad que se disuelve y liquida a través del mismo, garantizando la igualdad entre los acreedores en las condiciones previstas en la Ley.

Sentencia de 27 de septiembre de 2012. Exp. 25000-23-24-000-2007-00211-01, M. P. MARÍA ELIZABETH GARCÍA MUÑOZ. Apelación sentencia.

2. Facultades regulatorias atribuidas a la superintendencia de subsidio familiar, función de policía de la superintendencia de subsidio familiar

Se deniegan las pretensiones de la demanda, al considerar la Sala que dentro de las facultades regulatorias de la Superintendencia se encontraban las de su función de control, la de aprobar o improbar toda clase de negociaciones de bienes inmuebles de su propiedad, y la de expedir el reglamento a que deben sujetarse las entidades vigiladas en relación con sus programas publicitarios.

EXTRACTO: El establecimiento de los regímenes de autorización en materia de publicidad de que tratan los capítulos VIII y IX de la Circular 023 de 2003, en los cuales se tratan las autorizaciones generales, las campañas institucionales y otras campañas y autorizaciones individuales, no contraría las normas que le sirven de fundamento, sino que, por el contrario, corresponde a sus facultades legales de regulación de esta materia. Nótese, entonces, cómo varias expresiones normativas al designar las funciones de la Entidad, se refieren a su facultad para fijar, definir e instruir sobre diversos aspectos de la actividad de sus vigiladas, y desde luego, le asigna funciones para reglamentar y/o expedir reglamentos, todo con el fin último de propugnar por el mayor beneficio del sistema de subsidio familiar en pro de la población a la cual va dirigido. Es función de la Superintendencia brindar los lineamientos necesarios a las cajas de compensación familiar para facilitar la observancia de sus obligaciones, propendiendo, incluso por objetivos tan loables como la optimización de la cobertura de los servicios sociales que ellas prestan. Así las cosas, bajo la premisa de que la regulación relativa a los presupuestos de las Cajas de Compensación Familiar tiene asidero en las normas superiores señaladas y en atención a que el instructivo brindado por la Superintendencia del Subsidio Familiar no limita la gestión administrativa de esas entidades, mal podría inferirse que el principio de autonomía que a aquellas se reconoce es vulnerado.

Sentencia de 13 de diciembre de 2012. Exp. 11001-03-24-000-2005-00231-01, M. P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad.

3. Registro marcario, semejanzas entre las marcas desde el punto de vista visual u ortográfico, fonético y conceptual

Se declara la nulidad del acto acusado al considerar la Sala que los términos ROCK y ROCKSTAR si presentan un riesgo de confusión por la asociación conceptual semejante que estos términos invocan.

EXTRACTO: Así las cosas, es del caso acotar en el sublite, que el signo ROCKSTAR, reproduce el término ROCK, correspondiente a la marca previamente registrada por Gaseosas Lux S.A.; y la partícula STAR, no lo dota de suficiente distintividad por ser de uso común para marcas de la clase 32. Ello aunado a que existe una similitud ideológica entre los signos al evocar conceptos relacionados entre sí, según se anotó, hace que sean confundibles en lo que respecta a su origen empresarial, más aun al ser estos productos comercializados en el mismo tipo de establecimientos. De ahí que sea evidente el risgo de confusión indirecta, por lo que para la Sala los signos confrontados no pueden coexistir pacíficamente en el mercado, dada la afectación de los derechos de propiedad industrial a que se vería avocado el titular de la marca ROCK.

Sentencia de 13 de diciembre de 2012. Exp. 11001-03-24-000-2007-00218-00, M. P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Acción de nulidad.

SECCIÓN SEGUNDA

1. Se decreta la nulidad del acto administrativo por el cual se negó por improcedente la solicitud de inscripción en el régimen de carrera de la Fiscalía General de la Nación por el concurso celebrado en el año 1994, por cuanto el criterio jurisprudencial actual en la Sala Plena de la Sección Segunda de la Corporación establece que el mencionado proceso de selección efectivamente otorga derechos de carrera, razón por la cual no procedía el proveer el cargo en provisionalidad, y por no ser exigibles en forma exclusiva por quienes gozaba de la calidad de empleado de la entidad para el año 2007, pues con ello, se vulnera los derechos de igualdad, de acceso a los cargos públicos y el principio de mérito. Adicionalmente, en el caso especifico no se configura el derecho a ser reintegrado, ni al pago de los salarios dejados de percibir, por cuanto el acto demandado no estudio de fondo el derecho del demandante, así como tampoco, le otorga derechos de carrera, por operar las exclusiones previstas en los numerales 2.2 y 2.11 del Acta 60 de 2007, consistentes respectivamente, en que no pueden ser beneficiarios de tales derechos quienes no participaron de conformidad con las bases iniciales de la convocatoria y por haber demandado el servidor ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la nulidad del acto que lo declaró insubsistente del cargo de Fiscal Local y cuyas pretensiones se negaron en segunda instancia de esta Corporación

La posición actual de la Sección Segunda de esta Corporación, que retomó la tesis de la sentencia del 23 de septiembre de 1999 consiste en que la convocatoria de 1994 realizada por la Fiscalía fue materialmente un concurso de méritos, y que así la entidad hubiera manifestado en el instructivo que aquélla no generaba derechos de carrera, esta advertencia no tenía validez alguna, de modo que a quienes superaban las etapas previstas en la convocatoria, deberían ser nombrados en período de prueba, el cual una vez superado generaría el nombramiento en propiedad. En suma, según la jurisprudencia actual de esta Corporación, el proceso de selección del año 1994 fue efectivamente un concurso de méritos. En cuanto a la legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio 0239 del 14 de febrero de 2008, sobre este punto se considera que en el acceso a los cargos de carrera administrativa debe prevalecer el mérito y que no está justificado constitucionalmente establecer ventajas injustificadas a favor de un grupo de aspirantes, como lo es el hecho de que a pesar de la participación en la convocatoria de 1994, únicamente quienes aún fueran servidores de la entidad en el 2007, año en que fue proferida el acta, podían solicitar la inscripción en carrera administrativa de la Fiscalía, a juicio de la Sala este trato diferenciado, no es justificado constitucionalmente, pues el acceso a la función pública está determinado por el mérito, no por la condición de servidores de los participantes en la convocatoria. El acto demandado al otorgar un trato preferente a los empleados nombrados en provisionalidad que superaron el concurso de méritos, frente a quienes si bien también lo superaron ya no eran servidores de la entidad, les concede a aquellos servidores una ventaja injustificada, que desconoce los derechos a la igualdad (art. 13 de la C.P), el acceso a cargos públicos (art. 40 num. 7 ídem) y el principio del mérito (art. 125 ídem). Resalta la Sala que de la nulidad del acto demandado, no se deriva el restablecimiento del derecho requerido por el accionante, esto en tanto, el oficio que negó por improcedente la solicitud, se bien se refirió la inscripción en carrera administrativa, no estudió de fondo el derecho del actor, de modo que de

la nulidad del acto demandado, no se configura el derecho del demandante a ser reintegrado, ni al pago de los salarios dejados de percibir. Igualmente, considera la Sala que opera la exclusión prevista en el numeral 2.2 del Acta 60 de 2007, consistente en que no se pueden otorgar derechos de carrera a quienes no participaron de conformidad con las bases iniciales de la convocatoria, se aviene a las reglas de los concursos de méritos y es proporcionada con el objeto del acta, esto es, regular la situación de quienes participaron de acuerdo a las condiciones primigenias del concurso de 1994 y superaron el proceso de selección para así proceder a inscribirlos en carrera administrativa. Respecto de la segunda causal, es claro que también se configura porque el actor demandó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la nulidad del acto que lo declaró insubsistente del cargo de Fiscal Local y en segunda instancia, la Sección Segunda de esta Corporación le negó las pretensiones de la demanda, hechos que fueron expuestos por el accionante en la demanda y confirmados por la entidad demandada en los alegatos de conclusión.

Sentencia de 7 de febrero de 2013, Exp. 47001-23-31-000-2008-00136-01(0441-10), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.

2. Se declara la nulidad de la expresión servidores contenida en el numeral 2, subnumeral 1 del Acta No. 060 de 2007, proferida por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación, por cuanto, el exigir para la inscripción en carrera administrativa de quienes que participaron en el proceso de selección del año de 1994 en la Fiscalía General de la Nación en las Unidades locales, la calidad de servidor vinculado a la entidad a febrero 14 de 2007, fecha de expedición del acto demando, vulnera el derecho a la igualdad y los principios de mérito y de acceso a los cargos públicos.

En el caso bajo estudio, observa la Sala que en uno de los apartes demandados del Acta No. 060 de 14 de febrero de 2007, al precisar el alcance del Acta No. 017 de 2000 se establece que los destinatarios del derecho a inscripción en el Registro Único de Inscripción en carrera son los servidores que lo soliciten, a este respecto se observa que el término servidores significa que solamente quienes estuvieran en ese momento nombrados en la Fiscalía podían acceder al citado beneficio. Frente a esta diferenciación establecida en el Acta No. 060 de 2007 considera la Sala que la causa eficiente del nacimiento de los derechos de carrera de administrativa es la superación del concurso de méritos y así lo establece el inciso tercero del artículo 125 de la Constitución Política cuando dispone "El ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes". De igual manera la Ley 938 de 2004 establece en el título VI que los derechos de carrera administrativa se generan por la superación del concurso de méritos. En este orden de ideas la Comisión al establecer como condición que el participante que superó el concurso de méritos para ser inscrito en carrera administrativa tiene que ser un servidor, está imponiendo un requisito no previsto constitucionalmente, ni en la ley, adicionalmente es un parámetro que no está relacionado con el mérito e implica un trato preferente injustificado frente a quienes superaron el concurso de méritos en igualdad de condiciones pero no eran servidores al momento de la expedición del Acta No. 060 de 2007. Así, el privilegio que concede la citada acta a los servidores representa una barrera ilegítima a la luz de la Constitución Política y la Ley y desconoce como acertadamente lo manifestó el actor en la demanda, el principio del mérito, los derechos a la igualdad y al acceso a los cargos públicos.

Sentencia de 1 de noviembre de 2012, Exp. 11001-03-25-000-2007-00103-00(1966-07), M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad

3. Se declara la nulidad del art. 1º del Acuerdo No. PSAA06-3360 del 15 de marzo de 2006, por cuanto, la competencia para expedir el acto de retiro del servicio por pensión de vejez en la Rama Judicial se encuentra radicada en el nominador y no en el Consejo Superior de la Judicatura

Si bien la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejerce la facultad de administrar, ordenar y reglamentar la carrera judicial, tal facultad dista mucho de la competencia para expedir el acto de retiro de los servidores judiciales que se encuentren incursos en la causal contemplada por el artículo 9º, parágrafo 3º de la Ley 797 de 2003. Lo anterior por cuanto es el nominador quien debe emitir dicho acto y una vez expedido, comunicárselo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura como autoridad administradora de la Carrera Judicial para que sea ella quien proceda a la

exclusión de la Carrera Judicial; por ello es que en el Acuerdo del 2003 se dijo claramente que en firme el acto administrativo de desvinculación, el cual debía ser expedido por el nominador, previa comunicación que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial le hiciere, debía proceder a informar al administrador de la carrera para que lo excluyera de la misma. Así pues, cuando el Acuerdo demandado radica en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura la facultad para expedir el acto de retiro del servicio a los servidores de carrera judicial por el cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, se está arrogando una facultad que constitucional y legalmente no le fue dada, pues a este sólo le compete expedir el acto de exclusión de la carrera judicial. En consecuencia, resulta claro para la Sala que el artículo del Acuerdo demandado está viciado de nulidad por cuanto, se repite, las facultades constitucionales y legales que tiene el Consejo Superior de la Judicatura son para efectos de la Administración de la Carrera Judicial, que no para expedir el acto de retiro del servicio del servidor judicial por el régimen de carrera judicial, por cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez.

Sentencia de 7 de febrero de 2013, Exp. 11001-03-25-000-2008-00062-00(1778-08), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad

4. Se declara la nulidad de la Ordenanza 045 de 1981, expedida por la Asamblea del Departamental de Nariño, por la que se creó la prima de servicios para lo empleados del Departamento, por se competencia exclusiva del legislador y del gobierno la creación de prestaciones sociales, limitándose la actuación de las autoridades territoriales, en lo que hace relación al régimen salarial a establecer la escala salarial y los emolumentos

Por un lado está el Congreso de la República, quien es el que señala los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Por otro lado se encuentra el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Las asambleas departamentales y concejos municipales, entran en el deber de determinar **las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias**, según la categoría del empleo de que se trate; y finalizan la concurrencia los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional. En el caso concreto, basta con leer los artículos que comprenden la Ordenanza 045 de 1981 para convencerse de que lo allí establecido está lejos de ser una determinación de las ***escalas de remuneración*** correspondientes a las distintas categorías de empleo de la Administración Departamental, única función que ostentan las Corporaciones territoriales en la determinación del régimen salarial de los empleados públicos territoriales. Así las cosas, irrumpe con notoriedad la arrogación indebida por parte de la Asamblea Departamental de una competencia que está en cabeza de otros órganos como el Legislativo y el Ejecutivo, habida cuenta que su participación se limita, como ya se vio, a determinar las escalas de remuneración y no a "adoptar" o crear, que para estos efectos tiene el mismo significado, primas y bonificaciones, las cuales deben crearse atendiendo las competencias que en materia salarial ha fijado la Carta Magna. En consecuencia, se dirá que en este aspecto la Asamblea Departamental, al expedir la Ordenanza 045 de 1981, excedió sus facultades regulando unos conceptos salariales que por ley le es dado al Legislativo.

Sentencia de 7 de febrero de 2013, Exp No 52001-23-31-000-2008-00282-01(0273-11), M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad

5. Se niega la nulidad de acto administrativo que impuso sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio del cargo de notario del Municipio de Silvania (Cundinamarca), por rehacer partición de herencia sin participación de los herederos que acudieron a la primera diligencia.

Con base en las normas citadas (Decreto 908 de 1988 y 1729 de 1989) resulta evidente que la Notaria Única del Círculo de Silvania, Cundinamarca, incumplió sus deberes y obligaciones en razón a que autorizó la protocolización de una escritura pública para "rehacer una partición" de una sucesión liquidada en el año 1999 sin la participación de quienes acudieron como herederos en la primera diligencia que realizó esa misma Notaria. La falta disciplinaria descrita fue calificada como grave y en tal sentido le era aplicable la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo establecida en el artículo 63 de la Ley 734 de 2002, que puede oscilar entre 30 días a 12 meses. En este caso específico, se demostró que la actuación de la Notaria al "rehacer" la partición afectó el negocio jurídico de compraventa de un inmueble realizado entre el heredero legítimo y un particular con las formalidades que la ley exige, argumentando el cumplimiento de una orden judicial. Las pruebas allegadas al proceso demuestran que la providencia judicial a la que se refiere la demandante se profirió en un proceso de filiación que por sí mismo no genera una nueva partición de la sucesión porque para ello se requiere del acuerdo de todos los herederos, incluyendo por supuesto a quienes participaron en el primer trámite sucesoral pues son ellos quienes tiene adjudicados los bienes. La situación fáctica descrita evidencia que la demandante incumplió el deber de conocer con particularidad los trámites notariales que maneja cotidianamente, entre los que se encuentran las sucesiones de común acuerdo y las "liquidaciones adicionales" de los bienes de la sucesión que nada tiene que ver con "herederos adicionales".

Sentencia de 2 de septiembre de 2012, Exp. 11001-03-25-000-2011-00128-00(0420-11), M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Acción de nulidad y restablecimiento

6. La Universidad del Atlántico no puede argumentar que una servidora publica perdió los derechos de carrera, cuando por decisión unilateral de la institución y sin consentimiento la traslade a otro cargo igual categoría, desempeñando funciones de un cargo de libre nombramiento y remoción sin existir la respectiva comisión.

La norma no prevé que se pierdan los derechos, cuando el empleado público pase a ocupar otro empleo, por decisión unilateral de la administración, que fue lo que ocurrió en el caso que se examina, puesto que la Administración decidió a través de la Resolución No. 523 de 12 de diciembre del mismo año, designarla en el cargo de Mecanógrafa, en la Facultad de Ciencias de la Educación, y según comunicación DRH 000218 de 31 de julio de 2002, trasladarla de la Coordinación del Programa de Ciencias Sociales Nocturnas a la Coordinación del Programa de Matemáticas y Física, con su mismo nivel, clase y grado. Implica lo anterior, que no tomó posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción, sin que hubiera mediado la comisión respectiva, que es la causal más próxima al tema estudiado conforme a la cual se pierden los derechos de carrera. No puede entonces la administración, por voluntad propia, nombrar al servidor público en otro cargo, sin su consentimiento, para luego alegar que perdió los derechos de carrera, porque constituiría una forma fácil de hacer que se pierdan tales derechos, interpretación que no encaja en la hermenéutica, ni en la axiología que se deriva de las normas que rigen la materia. Se sigue de lo expuesto, que la señora Martínez Kelly, no perdió sus derechos de carrera por haber pasado a desempeñar otros cargos, por decisión de la administración. Finalmente, la situación presupuestal, que fue el motivo expuesto por la Universidad para la supresión de algunos cargos, no puede ser una causal para negar el derecho que le corresponde a la demandante, porque es una razón ajena que no contemplan las normas que rige la carrera administrativa, carga que no debe ser impuesta a la señora Alix María Martínez Kelly.

Sentencia de 18 de octubre de 2012, Exp. 08001-23-31-000-2007-00339-01(1551-12), M.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

7. Al no tener la oportunidad de controvertir los cargos que conllevaron la desvinculación del Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, se vulneró el derecho de defensa y el debido proceso, al ser expedido el acto de retiro del servicio con falsa motivación.

Observa la Sala que el procedimiento realizado por la referida Junta Asesora no constituye una garantía al debido proceso, pues tal como se señaló en la Jurisprudencia transcrita, el funcionario debe ser oído en descargos por parte de la junta. Así las cosas, la simple manifestación del accionante, en la que hizo un

recuento de los hechos y opinó sobre la ocurrencia de los mismos, no es por sí misma, una garantía del derecho de defensa, pues era necesario que la referida Junta le hubiera informado de manera clara y precisa lo hechos que motivaron la solicitud de retiro del servicio, sin embargo, se evidencia que dentro de la referida Acta no se expresaron las razones por las cuales se procedería al mencionado retiro, motivo por el cual el demandante estuvo en imposibilidad de controvertirlas, con lo cual se vulneró su derecho de defensa. Sumado a lo anterior, en el Acta citada, la Junta Asesora ni siquiera emitió concepto favorable frente a la procedencia del retiro del actor, pues se limitó a recibir la versión del funcionario sobre los hechos ocurridos el 8 de julio de 2000. Lo anterior, constituye un indicio más a partir del cual la Sala puede establecer que la citada Junta se realizó como una mera formalidad, con lo que se contrarió lo señalado en la Sentencia C 108 de 15 de marzo de 1995, en la que condicionó la forma en que se realizaría el retiro de los funcionarios de carrera, pues como ya se dijo, éste debe hacerse conforme al debido proceso. Así las cosas, se observa que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, no garantizó el derecho de defensa al actor, pues antes de proceder a su retiro, debió señalarle los cargos a través de los cuales era necesario adoptar esa medida, así como las pruebas que sustentaron el mismo.

Sentencia de 18 de octubre de 2012, Exp. 05001-23-31-000-2000-04204-01 (0804-12), M.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

8. Los Supernumerarios contratados de forma transitoria en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no les asiste el derecho al reconocimiento y pago, de los incentivos y remuneración que se reconoce a los funcionarios de planta.

Tampoco se desconoció el principio de igualdad, cuya vulneración alega la actora, por estimar que su permanencia en el cargo y las funciones desempeñadas eran iguales a las que ejercían los funcionarios de la planta de personal. Lo anterior por cuanto a pesar que obra copia del manual de funciones de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no se encuentra demostrado las funciones desarrolladas por el funcionario de planta de la entidad, motivo por el cual no es posible determinar cuales eran las funciones similares desarrolladas, lo cual sólo le generaba el derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales de los empleados de planta, los que evidentemente le fueron reconocidos de conformidad con la ley aplicable a su particular situación, tal como se desprende de la Resolución 0008249 de 3 de septiembre de 2008. No es posible dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades invocado por la actora, pues si bien es cierto, su nombramiento como Supernumerario, se produjo por parte de la Entidad demandada en diversas oportunidades, mediante los actos administrativos reseñados y desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de –DIAN-, su vínculo con la Administración implicó la ejecución de funciones de carácter transitorio, que obedecían a las necesidades del servicio en apoyo de las labores atendidas por el personal de planta, relacionadas entre otras, con el plan de lucha contra la evasión y el contrabando. De suerte que, en el presente asunto, el término de duración de la designación de la actora, por varios meses con interrupciones, como auxiliar de la Administración, no fue el que determinó su permanencia, pues la misma obedeció a la finalidad de la actividad que desarrollaba.

Sentencia de 24 de octubre de 2012, Exp. 25000-23-25-000-2009-00546-01(0600-12), M.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

9. Se vulneró el derecho de carrera administrativa de un funcionario del Instituto Nacional de Adecuación de Tierras por no ser tenido en cuenta su derecho preferencial a ser incorporado, puesto que se nombró en la planta de personal a un empleado que no estaba inscrito en carrera.

En relación con el señor Lino Iván Pereira Tuirán, de quien afirma el actor no se encontraba inscrito en el escalafón de carrera administrativa, razón por la que le asistía mejor derecho frente a la incorporación, obra a folio 64 del cuaderno 1, dentro del listado de servidores de la planta de personal que el referido señor Pereira Tuirán se desempeñaba como Técnico Administrativo 4065-14 en la Regional Magdalena, en el Grupo Administrativo y Financiero, y se encontraba inscrito en carrera administrativa. No obstante lo anterior, a folios 588 del cuaderno 2 obra oficio No. 02420 de 29 de enero de 2010 en el cual la Comisión

Nacional del Servicio Civil informa que no tiene registro de inscripción en carrera administrativa de Lino Iván Pereira Tuirán. En el mismo sentido a folio 581 ibídem, el Coordinador del Grupo de Gestión Documental y Biblioteca del Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural informa que no encontró documento alguno que certifique la situación de carrera administrativa del referido señor. De acuerdo con lo anterior, se encuentra demostrado que una de las personas que fueron reincorporados al cargo de Técnico Administrativo 4560-14 no estaba inscrita en carrera administrativa. En esas condiciones le asiste razón al demandante cuando afirma que tenía mejor derecho que el señor Lino Iván Pereira Tuirán, frente a la incorporación, toda vez que según se acredita a folio 50 del expediente Pedro Antonio Romero sí estaba inscrito en el escalafón, actuación que vulneró su derecho preferencial a ser incorporado.

Sentencia de 26 de septiembre de 2012, Exp. 54001-23-31-000-2000-01314-03(2636-11), M.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

10. Al entregar el anticipo del 50% del contrato para la remodelación del Puesto de Salud de San Antonio de Chami y el contratista no ejecutara la obra, el Alcalde del Municipio de Mistrató incurrió en falta gravísima contemplada en el numeral 4 del artículo 25 de la Ley 200 de 1995, puesto no ejerció las acciones pertinentes en procura del reintegro del anticipo, ni la ejecución del contrato, teniendo el municipio que invertir recursos propios para suscribir un nuevo contrato con otras personas para terminar la obra.

Estima la Sala que la prueba documental y testimonial recaudada en el proceso disciplinario sí dio cuenta de cada uno de estos interrogantes o puntos "oscuros" que debían ser resueltos a través del dictamen, a tal punto que sirvió al investigador para proferir los actos acusados en donde impuso las respectivas sanciones de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos. En efecto, recordemos que los documentos emanados de la alcaldía municipal de Mistrató y las declaraciones recibidas por las personas que continuaron con las remodelaciones, dieron a conocer al ente investigador que i) el primer contratista Javier Antonio Muñoz Pulgarín recibió a título de anticipo la suma de $11.072.027.00 correspondiente el 50% del valor del contrato de obra; ii) que ese ciudadano efectuó apenas las demoliciones pactadas en el contrato, por valor de $382.555; iii) que el municipio apropió recursos adicionales que ascendieron a $10.612.960 para la culminación de una obra que ya había sido objeto de contratación Estatal y que iv) no existió actuación por parte del actor, en su condición de primer mandatario del municipio, en procurar el reintegro del valor restante del anticipo ($10.689.472), ni en realizar las gestiones pertinentes para continuar con la ejecución del contrato de obra inicialmente suscrito, por lo cual el ente investigador emitió los fallos condenatorios respectivos. En este punto es bueno recordar que los artículos 120 de la Ley 200 de 1995 y 131 de la actual codificación sancionatoria, consagran el principio de la libertad probatoria con el cual el legislador autorizó que para efectos de demostrar los elementos constitutivos de la falta y la responsabilidad del investigado, se pueda acudir a cualquiera de los medios probatorios señalados en la ley, por ser esa la verdad prevalente del proceso disciplinario. Y es que en aplicación de este principio, los testimonios y demás pruebas obrantes en el proceso, el ente investigador coligió sin esfuerzo alguno y con claridad meridiana, que el actor incurrió en la falta disciplinaria que le fue endilgada.

Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Exp. 11001-03-25-000-2010-00177-00 (1295-10), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

11. La no inclusión de la condena que le fuera impuesta al Concejal del Municipio de Dosquebradas en el certificado de antecedentes disciplinarios y judiciales, no despoja, ni desaparece la inhabilidad que le fuera impuesta, dado que ésta se desprende directamente de la existencia de los delitos contra la administración pública.

Sobre el error en que fue inducido el Concejal por los certificados de antecedentes disciplinarios y penales que no acusaban ninguna referencia que le impidiera inscribirse como candidato, dado que la pena impuesta estaba extinguida y se le habían cancelado los antecedentes judiciales de policía, lo que implicó que la Procuraduría le trasladara una responsabilidad disciplinaria inexistente, encuentra la Sala,

que también fue objeto de un estudio argumentado en el control disciplinario para señalar, que no obstante dichos certificados no registraban ningún tipo de sanción –porque el disciplinario solo exploraba antecedentes de 5 años atrás y el D.A.S. cancela los antecedentes a los fallos condenatorios cuando la pena se ha cumplido; la imposición de la sanción penal por los delitos contra la administración pública es lo que genera la inhabilidad y no la aparente inexistencia de antecedentes. Además, que no se requieren títulos de idoneidad, ni formaciones académicas profundas para concluir, que del texto del inciso 122 Superior se desprendía una inhabilidad que lo cobijaba y que debía conocer como candidato. Como soporte fáctico administrativo diferenció los tipos de certificados y su registro, para concluir, que la inclusión de los antecedentes penales solo se hizo a partir del 2 de agosto de 2004, por tanto, no era posible que a la fecha en que el demandante lo solicitó este fuera incluido. En cuanto a los antecedentes penales advirtió que registraron un hecho cierto y es que no tenía asuntos pendientes, pero la condena si existía y existe aún hoy y esto le impedía actuar como concejal. La Sala encuentra que este razonamiento está debidamente soportado y ajustado a la legalidad, habida cuenta, que la aparente inexistencia de registros penales o disciplinarios –justificada en trámites administrativos-, no despoja, ni desaparece la inhabilidad per se, dado que esta se desprende directamente de la existencia de la condena por delitos contra la administración pública –como de la que él fue objeto- y de la normatividad constitucional y legal que así lo dispone, por lo que tampoco hay vocación de prosperidad respecto de la violación alegada.

Sentencia de 5 de septiembre de 2012, Exp. 11001-03-25-000-2010-00183-00 (1305-10), M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

SECCIÓN TERCERA

1. El Consejo de Estado admitió la demanda presentada por la compañía Júpiter S.O.M.; en contra del Servicio Geológico Colombiano –SGC- y la Agencia Nacional de Minería –ANM-, en virtud de lo establecido en la Ley 685 de 2001 – Código de Minas-, en razón a que la Ley 1437 de 2011 no reguló en su articulado sobre la competencia para conocer las pretensiones que se promuevan sobre los asuntos mineros, distintas de las contractuales y en donde la Nación sea parte.

Síntesis del caso: La controversia actual reside en establecer si el competente para conocer de las pretensiones que se promuevan sobre los asuntos mineros, distintas de las contractuales y en los que la Nación o una entidad estatal del mismo orden sea parte, es el Consejo de Estado, tal y como lo establece el Código de Minas (ley especial) o, si por el contrario, la competencia en esta materia está regulada y determinada en la ley 1437 de 2011 (ley posterior y general), la cual no se pronunció de manera específica en lo que concierne al tema, es decir, guardó silencio sobre el particular.

a. Asuntos de naturaleza minera, diferentes a los contractuales. Regulación normativa, Ley 685 de 2001 y Ley 1437 de 2011. Conflicto de leyes en el tiempo

Extracto: "surge prima facie un aparente conflicto de normas en el tiempo, entre el Código de Minas y la ley 1437 de 2011 (CPACA), en ese orden es necesario precisar si al haber guardado este último ordenamiento silencio sobre el particular, derogó o no la ley especial contenida en la primera codificación referida. En relación con los efectos de la ley en el tiempo, es preciso acudir a las reglas de interpretación contenidas en las leyes 57 y 153 de 1887, según las cuales al existir una antinomia entre la ley posterior general y una ley especial anterior, donde la primera no derogó de manera expresa o tácita a la segunda, la especial aún no empece a que sea anterior seguirá subsistiendo. (…) la ley 1437 de 2011, es una norma ordinaria general y posterior que: i) al no suprimir o modificar formalmente la anterior (Código de Minas), ii) al no contener disposiciones incompatibles con la ley 685 de 2001, y iii) al guardar silencio sobre el tema correspondiente a la competencia en materia minera, no modificó, subrogó, ni derogó la ley ordinaria especial y previa, es decir, se insiste, la ley 685 de 2001, actual Código de Minas. Por lo tanto, si una acción de nulidad y restablecimiento del derecho o cualquier otra distinta de las contractuales que se promuevan sobre un asunto minero y donde una de las partes sea una entidad estatal nacional, la competencia está determinada por los preceptos contenidos en la ley 685 de 2001, por ser la norma

especial que regula la materia, máxime que la ley 1437 de 2011, que es posterior, guardó silencio sobre este tópico en particular."

b. El Consejo de Estado es competente en única instancia para conocer de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que trata sobre un asunto minero. Por tratarse de un asunto cuya petición principal es igual o equivalente a cero, por ser una pretensión de restablecimiento de un derecho, no procede el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

Extracto: "Advierte el Despacho que en la demanda se formuló como pretensión de restablecimiento del derecho la reanudación, en el estado que se encontrar, de la actuación administrativa, por tal motivo, e trata de una petición principal de cuantía igual o equivalente a cero salarios mínimos mensuales legales vigentes. En ese orden de ideas, no se exigirá el agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, contenida en el artículo 161 de la ley 1437 de 2011.Por consiguiente, en el asunto sub examine, se admitirá la demanda en los términos señalados en la ley 685 de 2001 toda vez que: i) la acción de nulidad y restablecimiento del derecho trata de un asunto minero, ii) el demandado es una entidad del orden nacional, iii) se cumplieron las formalidades para la admisión del libelo demandatario, y iv) el Consejo de Estado es el competente para conocer en única instancia conforme al artículo 295 del Código de Minas."

Auto de febrero 14 de 2013, Exp. 11001-03-26-000-2012-00050-00 (44855), M.P. ENRIQUE GIL BOTERO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

2. El Consejo de Estado declaró administrativa, extracontractual y patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional por la muerte de una ciudadana, ocurrida el 27 de marzo de 1995, durante un enfrentamiento armado entre tropas del Batallón de Contraguerrillas No. 33 "Cacique Lutaima" y miembros de la guerrilla de las FARC, en la vereda de Puerto Fuerte, municipio de Tierralta (Córdoba)

Síntesis del caso: El 27 de marzo de 1995, en el paraje La Gloria, vereda Puerto Fuerte, municipio de Tierralta (Córdoba), se registró un enfrentamiento armado entre tropas del Batallón de Contraguerrillas n.°33 "Cacique Lutaima" y guerrilleros pertenecientes al frente n.° 18 de las FARC. Durante el enfrentamiento, la señora Martha Cecilia Domicó Domicó fue alcanzada por un proyectil de arma de fuego que le produjo la muerte de forma instantánea.

a. La denuncia del fallecimiento de una persona debe cumplir con el requisito de solemnidad, esto es el registro civil, para que proceda su valoración, y corresponde al cónyuge y familiares más próximos al occiso denunciar su fallecimiento

Extracto: "La responsabilidad de denunciar el fallecimiento, para efectos de su inscripción en el registro civil, recae principalmente en el cónyuge y los familiares más próximos del occiso; pero en caso de muerte violenta, tal registro sólo procede previa autorización judicial. En cualquier caso, la defunción debe acreditarse dentro de los dos días siguientes al momento en que se tuvo noticia del fallecimiento ante el funcionario del registro del estado civil del lugar donde ocurrió la muerte, mediante certificado médico, expedido bajo la gravedad de juramento (Decreto 1260 de 1970, artículos 73, 74, 76 y 79). Surge de todo lo anterior que, por mandato legal, el registro civil de defunción constituye un instrumento de carácter solemne, indispensable, en sede judicial (también en sede administrativa), para probar la muerte o fallecimiento de una persona, de manera que su ausencia no puede suplirse por otros medios probatorios. Si bien, en principio, esta exigencia parecería entrar en conflicto con el postulado de la sana crítica o persuasión racional, consagrado en el artículo 187 del C.P.C., que faculta al juzgador para establecer por sí mismo el valor de las pruebas "con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia", lo cierto es que no existe tal contradicción, puesto que la propia norma establece que esa facultad debe ejercerse "sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos". Además, la solemnidad exigida por el artículo 106 del Decreto 1260 de 1970 se justifica en la medida en que a través del registro civil se establece cuál es la posición jurídica

que ocupa el individuo dentro de la familia y la sociedad, y si se encuentra o no en capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones."

b. De manera excepcional, y como amparo transitorio, se pueden admitir medios alternativos de prueba, diferentes al registro civil, para acreditar el estado civil de las personas

Extracto: "La Corte Constitucional ha señalado que "la prueba idónea de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas es la copia de la correspondiente partida o folio de registro civil", de manera que su ausencia no puede suplirse en ningún caso. Sin embargo, ha indicado que, de manera excepcional, el juez podrá admitir medios alternativos de prueba del estado civil y otorgar un amparo constitucional de carácter transitorio, mientras el interesado obtiene el correspondiente registro, pero solo si se acredita (i) una grave afectación de un derecho fundamental de un sujeto de especial protección constitucional y (ii) la imposibilidad de obtenerlo o allegarlo al proceso de manera oportuna. De forma similar, la Sección Segunda de esta Corporación ha señalado que el estado civil y, concretamente la muerte de una persona, puede probarse mediante certificación expedida por cualquier autoridad pública –distinta a aquella legalmente encargada de la inscripción en el registro civil– que tenga conocimiento del hecho, en aquellos casos en los cuales no se tiene copias del registro civil respectivo por razones no imputables a la parte interesada en que se pruebe el fallecimiento. Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha admitido como prueba suficiente del fallecimiento de una persona determinada alguno de los siguientes documentos: (i) acta del levantamiento del cadáver; (ii) constancia de defunción suscrita por el médico tratante; (iii) informe oficial elaborado por una autoridad pública."

c. Es posible declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en aquellos eventos en los que la actuación legal y legítima de la administración provoca un daño a un derecho jurídicamente tutelado y rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, con base en la teoría del daño especial. Reiteración jurisprudencial

Extracto: "En estos casos, el fundamento del juicio de responsabilidad no es la falla del servicio o en el incumplimiento de los deberes estatales, sino la existencia de un daño antijurídico que debe ser indemnizado debido a que excede el sacrificio que cualquier ciudadano debe soportar para permitir el normal funcionamiento del Estado y de las instituciones públicas (…) los hechos y pruebas obrantes dentro del expediente permiten concluir, en aplicación del principio iura novit curia, que no es la falla del servicio el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, sino el de daño especial. Y, en estas circunstancias, es evidente que la prueba acerca de quién fue el autor material del disparo causante de la muerte carece de relevancia para efectos de declarar la responsabilidad administrativa del Estado, pues basta con demostrar –como en efecto lo está dentro del proceso que ahora ocupa la atención de la Sala– que hubo un daño y que éste se produjo en desarrollo de un operativo militar, en el que participaron agentes estatales. (…)Para efectos de atribuir responsabilidad al Estado por los daños derivados de enfrentamiento armados entre individuos o grupos armados al margen de la ley y agentes estatales, cobra especial relevancia la distinción entre la actividad del Estado, entendida como manifestación o ejecución de una función pública, y las acciones realizadas por sus agentes. De esta manera se tiene que si el daño se produjo dentro de la acción de persecución y enfrentamiento ejecutada legítimamente por los miembros de la fuerza pública contra la delincuencia, éste se entiende cometido con ocasión del funcionamiento del servicio, y por ende resulta imputable al Estado a título de daño especial."

Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de marzo 22 de 2012. Exp. 23001-23-31-000-1997-08445-01(22206), M.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Acción de reparación directa

*** NOTA DE RELATORIA:** Esta providencia fue notificada el 31 de enero de 2013

3. Se declaró a la Nación – Fiscalía General de la Nación, administrativa y extracontractualmente responsable de los perjuicios ocasionados por la privación injusta de la libertad a que fue sometida una ciudadana, quien fue acusada de secuestro y posteriormente se ordenó la preclusión de la investigación por cuanto no cometió el hecho punible que le fue imputado.

Síntesis del caso: El 20 de enero de 1999, el Grupo Gaula -Rural Casanare-, en cumplimiento de la orden de captura proferida por la Fiscalía 11 Delegada ante el Gaula, detuvo a la señora María Yolanda Rincón García, por ser la presunta autora del secuestro del señor Jaime Alberto Montoya. El 3 de febrero de 1999, la Fiscalía Regional de Oriente profirió medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, en contra de la señora María Yolanda Rincón García, imputándole la calidad de autora del delito de secuestro simple. La Unidad Antiextorsión y Secuestro de la Fiscalía General de la Nación, mediante Resolución de 20 de septiembre de 1999, precluyó la instrucción penal a favor de la señora María Yolanda Rincón García y ordenó continuar la investigación contra los demás responsables del secuestro del ingeniero Jaime Alberto Montoya.

Configuración de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, al declararse la preclusión de la investigación, porque la sindicada no cometió el delito que le imputó. Causal prevista en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Decreto 2700 de 1991

Extracto: "De lo expuesto por la Unidad Antiextorsión y Secuestro de la Fiscalía General de la Nación, en la Resolución de 20 de septiembre de 1999, se colige que la señora María Yolanda Rincón García fue absuelta del delito imputado por la Fiscalía Regional de Oriente, por cuanto no cometió el hecho punible por el que fue investigada; en efecto, en la providencia que precluyó la investigación, se consideró que no existió prueba alguna que demostrara su responsabilidad en el delito de secuestro que se le endilgó, pues, por el contrario, con otros medios de prueba se demostró que dicha conducta punible fue cometida por miembros de un grupo al margen de la ley. Bajo esa perspectiva, es evidente que la Fiscalía Precluyó la investigación a favor de la demandante con fundamento en que no se demostró su autoría o participación en la conducta punible que se le endilgó y no por aplicación del principio de indubio pro reo, como lo consideró la demandada. Conforme a lo dicho, es claro que en el asunto sub lite se da una de las circunstancias en que, conforme al artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, quien ha sido privado injustamente de la libertad tiene derecho a ser indemnizado, pues la misma administración de justicia concluyó que la sindicada no cometió la conducta punible que se le imputó y originó la imposición de la detención providencia de la Unidad Antiextorsión y Secuestro de la Fiscalía General de la Nación, atrás transcrita en lo pertinente. Por lo anterior y teniendo en cuenta las circunstancias fácticas descritas, se impone concluir que los actores no están en la obligación de soportar el daño que el Estado les irrogó y que éste debe calificarse como antijurídico, lo cual determina la consecuente obligación para la Administración de indemnizar o resarcir los perjuicios causados a los demandantes. Al respecto, la Sala insiste en que, en casos como éste, no corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, pues fue una decisión de la administración de justicia, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, la que determinó que la señora María Yolanda Rincón García estuviese privada de su libertad durante 8 meses, término al cabo del cual se le absolvió de responsabilidad penal, al considerarse que no tuvo participación alguna en la conducta punible que se le imputaba. En cambio, es a la parte accionada a quien le corresponde demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se ha dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiere entenderse configurada una causal de exoneración, a saber: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima. En este caso, ninguna de estas eximentes fue acreditada en el plenario"

Sentencia de enero 30 de 2013, Exp. 85001-23-31-000-2001-00056-01(25324), M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO. Acción de reparación directa

4. El Consejo de Estado declaró a la Nación – Ministerio de Educación, Departamento de Antioquia y Municipio de Medellín solidariamente responsables por la muerte de un estudiante, ocasionada por desconocidos que ingresaron a las instalaciones del Liceo Marco Fidel Suárez de Medellín, en hechos ocurridos el 16 de noviembre de 1994

Síntesis del caso: El 16 de noviembre de 1994, Hernán de Jesús Arboleda Parra murió como consecuencia de un disparo con arma de fuego, cuando se encontraba en un salón de clases del Liceo Marco Fidel Suárez, a donde llegaron dos encapuchados armados a amenazar y golpear a la profesora que estaba a

cargo del curso y durante ese incidente, se disparó accidentalmente el arma que aquéllos portaban, y el proyectil ultimó al joven.

a. Improcedencia de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín

Extracto: "se debe revocar la decisión del Tribunal de primera instancia que declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín, comoquiera que del análisis de la normativa aplicable, no es posible desconocer que estos entes tenían específicas funciones, responsabilidades, obligaciones y deberes en relación con el establecimiento educativo en donde ocurrieron los hechos"

b. Acreditación de la falla del servicio por muerte de estudiante al interior de plantel educativo, por omisión en el deber de custodia y la posición de garante que ostentan estos establecimientos respecto a los alumnos. Responsabilidad solidaria compartida con el Ministerio de Educación, el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín

Extracto: "Para la Sala no hay duda de la situación de inseguridad, zozobra y peligro que se vivía en la institución educativa previo a la ocurrencia de los hechos, comoquiera que los testigos coinciden al indicar que se presentaban amenazas contra las directivas, profesores y alumnos, lo que para la Sala es demostrativo de la obligación que tenía el liceo de extremar las medidas de seguridad y protección en el plantel a efectos de controlar y/o evitar daños en las personas que estaban bajo su cuidado. En el asunto sub examine, se acreditó la falla del servicio de la Administración, en tanto que el menor Arboleda Parra murió cuando se encontraba en un salón de clases del plantel educativo Marco Fidel Suárez al cual ingresaron dos encapuchados, quienes al atacar a la profesora a cargo, dispararon causándole la muerte a aquél. La falta de seguridad y control en las instalaciones educativas permitió que extraños armados entraran e hirieran mortalmente a un estudiante, circunstancia que para la Sala configura un inexcusable descuido de quienes omitieron el deber de vigilancia y cuidado de los estudiantes que se encontraban dentro del Liceo Marco Fidel Suárez. Si bien es cierto, que el Tribunal de primera instancia consideró que no obraba prueba mediante la cual se demostrara que las directivas del colegio hubieran solicitado protección a efectos de controlar la difícil situación que se vivía en el lugar, la Sala por el contrario considera que esto no es suficiente para exonerar a la institución de los deberes que su posición de garante le imponía respecto de los estudiantes. Se insiste, no hay duda que la institución educativa era garante de la seguridad del menor Hernán de Jesús Arboleda Parra, de allí que, al obrar con desconocimiento de los deberes que su posición le imponía, le es imputable, a título de falla del servicio, el daño alegado en la demanda. (…) Comoquiera que se estableció con anterioridad que para la época en que sucedieron los hechos tanto el Ministerio de Educación, como el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín tenían obligaciones y deberes respecto del Colegio Marco Fidel Suárez, será a estas entidades a las que se condenará solidariamente por el daño causado, mientras que a la Policía Nacional se le exonerará de los cargos imputados, toda vez que no existe material probatorio alguno que vincule su responsabilidad."

c. Prima de la víctima. Procedencia de acreditación del parentesco a través de la prueba testimonial para demostrar la calidad de tercera damnificada

Extracto: "En relación con la señora María Soledad Diosa Parra quien aduce ser prima del joven Arboleda Parra, se advierte que sólo se allegó su registro civil de nacimiento, del cual se puede deducir que es hija de los señores Antonio Diosa y Margarita María Parra (…) sin embargo, el parentesco de éstos o de aquélla con la madre o abuela del occiso no se encuentra acreditado con ningún medio de prueba. No obstante lo anterior, de los testimonios recibidos se puede establecer que la señora Diosa Parra era cercana a la familia del occiso y tenía estrechas relaciones con éste (…) Para la Sala, la prueba testimonial que se acaba de transcribir, es suficiente para demostrar la calidad de tercera damnificada, razón por la cual se concederá la indemnización solicitada por perjuicios morales a la señora María Soledad Diosa Parra."

d. La Subsección aprovecha esta oportunidad para reiterar la jurisprudencia -acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de la Sección Tercera- sobre la materia, según la

cual el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris

Extracto: "la Subsección con apoyo en los lineamientos conceptuales acogidos de manera sistemática por esta Corporación, considera que el principio de proporcionalidad no constituye la herramienta o instrumento jurídico pertinente para la valoración y tasación del perjuicio moral (…) el uso del principio de proporcionalidad para definir el monto de la indemnización del perjuicio moral es inadecuado, por cuanto el objeto y la finalidad del instrumento mencionado no es útil para introducir objetividad en la reparación del daño moral, máxime si su objeto y finalidad está encaminada a que se solucionen tensiones entre derechos fundamentales y la consonancia de una norma en relación con los mismos. (…)en la valoración y tasación del perjuicio moral no es incompatible con el arbitrio judicial. Por el contrario, el arbitrio iudicis en aras de no caer en la arbitrariedad, exige del operador judicial una carga mínima de argumentación a través de la cual, previo el análisis del caso concreto y de las condiciones particulares de las víctimas, se determine la aplicación del precedente a partir de las subreglas que esta Sección ha delimitado, según las cuales en casos de muerte o lesiones, el dolor moral se presume, mientras que para otro tipo de afectaciones es necesario acreditar su existencia o configuración (v.gr. la pérdida de bienes inmuebles, etc.). En consecuencia, resulta imperativo para esta Sala reiterar su precedente horizontal y, por lo tanto, la línea jurisprudencial sobre la materia, según la cual los perjuicios morales dada su connotación de inconmensurables no pueden ser sometidos a reglas, procedimientos o instrumentos de objetivización, ya que están encaminados a compensar –no indemnizar– bienes jurídicos de contenido personalísimo –subjetivos– y, por ende, que no pueden ser sometidos a una ponderación, ya que no existen derechos en conflicto o tensión."

Sentencia de noviembre 19 de 2012. Exp. 05001-23-31-000-1996-02223-01(23343), M.P. ENRIQUE GIL BOTERO. Acción de reparación directa

*** Con salvamento parcial de voto y aclaración del voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa**

Salvamento parcial de voto

El reconocimiento como tercero damnificado a pariente de la víctima, viola el principio de congruencia de la sentencia por reconocimiento de condición no invocada en la demanda

Extracto: "El fallo vulnera de manera flagrante el principio de la congruencia de la sentencia, por cuanto la condición que fue invocada por la señora Diosa Parra, no fue la de tercero sino la de pariente de la víctima, y fue frente a esta manifestación que tuvo oportunidad de ejercer su derecho de contradicción la parte demandada. Así las cosas, reconocer en la sentencia una condición distinta a la alegada en la demanda, vulnera la garantía del debido proceso de la parte pasiva, toda vez que el juez la sorprende con el reconocimiento de una condición no invocada, y respecto de la cual no tuvo oportunidad de pedir pruebas ni estaba en la obligación de controvertir las que se hubiesen presentado en ese sentido, puesto que las mismas, en relación con el elemento fáctico- causal de la demanda resultaban manfiestamente impertinentes. Y el suscrito magistrado subraya la anterior circunstancia, pues podría pensarse prima facie que, so pretexto de la facultad interpretativa que tiene el juez respecto de la demanda, puede también cambiar la calidad que invoca la parte actora; sin embargo, ello solamente ocurre cuando del petitum o de la causa petendi puede inferirse que el actor también invoca la condición de tercero damnificado, en este caso el juez en su labor hermeneutica del libelo sí puede interpretarlo. A contrario sensu, cuando la literalidad de la demanda no deja espacio para equívocos, como ocurre en el sub judice, el juzgador no puede, so pretexto de interpretar la demanda, endilgar al demandante una condición que ni por asomo éste invocó. Y lo anterior es así, no por una defensa de la congruencia de la sentencia a ultranza, sino en la aplicación de la garantía fundamental del debido proceso, específicamente del derecho de contradicción de la parte demandada, que diseña su estrategia de defensa sobre la acreditación de la calidad invocada y no puede sorprendérsele condenándola a pagar al demandante una indemnización, reconocida en una condición distinta a la alegada por éste, pues esto implicaría que se le ha sido vencido en juicio con base en una causa petendi distinta a la que fue invocada en la demanda que se le notificó y respecto de la cual se pronunció."

Aclaración de voto

Deber del Juez de motivar la tasación de los perjuicios morales, su inobservancia vulnera la garantía constitucional de acceso a la administración de justicia

Extracto: "Aclaro el voto en relación con el punto de los perjuicios morales, en el sentido que, aunque estoy de acuerdo con el reconocimiento de los mismos, el monto en que éstos fueron tasados carece de sustento alguno, en desconocimiento del mandato constitucional que toda decisión judicial debe ser motivada. (…) La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación que el juez como representante del Estado debe dar a sus providencias, no sólo como forma de respetar los expresos mandatos constitucionales de los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino como expresión del acceso a la justicia en igualdad para todas las partes (artículo 229 y 29 de la Carta Política), y de respeto a los derechos al debido proceso y a la defensa. (…) la motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no obedece a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo con los mandatos constitucionales señalados al principio (…) La motivación de las sentencias como limitación y sujeción del Estado "a su propio derecho" no opera solamente en uno de los extremos del proceso, demandante (ciudadano-administrado), sino que puede invocarse en el contencioso administrativo por la administración pública, como demandada. Lo anterior procede en atención a la aplicación del principio de legitimación democrática, cuya articulación con la sumisión del juez a la ley nadie duda. (…) la motivación de las sentencias debe permitir distinguir entre aquella que es suficiente, y la que es completa (…) la motivación o argumentación de los perjuicios morales exige que el juez contencioso administrativo pueda distinguir: 1) el reconocimiento de los perjuicios, para cuya motivación cabe sustentarse en la presunción de aflicción. 2) Cuando se trata de dosificarlos, en la tasación y liquidación de los perjuicios, el juez puede aplicar diferentes metodología para que con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia determinar el quantum indemnizatorio."

5. El Consejo de Estado declaró probada la excepción de falta de jurisdicción dentro de un proceso de reparación directa interpuesto contra el Municipio de Ibagué, en el cual se debatía el cumplimiento de unos acuerdos de valorización y pago de terrenos ocupados permanentemente por la realización de obra pública, ya que las partes habían pactado cláusula compromisoria para la resolución de los conflictos

Síntesis del caso: A partir del 6 de abril de 1983, el municipio de Ibagué aprobó la realización de obras públicas tendientes a la ampliación de la Avenida Ambalá, para lo cual, el Concejo de esa municipalidad estableció el Estatuto de Contribución al Sistema de Valorización. Con ocasión de la ejecución de la obra se ocuparon en forma permanente terrenos de propiedad privada; en consecuencia, se realizó acuerdo entre los propietarios de los inmuebles y el municipio – 15 de julio de 1996-, para la determinación de los valores de éstos y dar cumplimiento a lo dispuesto en el Estatuto de Contribución. Posteriormente, en el año 1998 se suscribe un nuevo acuerdo entre las partes, ante la acción de reparación directa interpuesta contra el municipio. En estos convenios se pactó cláusula arbitral. Para el año 2001, los propietarios de los terrenos interponen nuevamente acción de reparación directa alegando injustificadas dilaciones del municipio para la liquidación de los acuerdos suscritos.

a. La cláusula compromisoria y su aplicabilidad para resolver conflictos en asuntos urbanísticos, entre entes territoriales y particulares

Extracto: "[R]resulta evidente para la Sala que la parte demandante hizo consistir el daño antijurídico en el incumplimiento por parte del municipio de Ibagué un convenio suscrito el 15 de julio de 1996 y su modificatorio rubricado el 12 de febrero de 1998, hecho que no permite desatender el contenido de la cláusula décima tercera en la cual se acordó pacto arbitral, en ese orden, no cabe duda que la parte demandante desconoció abiertamente la referida cláusula, impulsando una acción improcedente para reivindicar sus derechos, comoquiera que lo acordado en ese sentido, establecía el juez competente para decidir sobre el alegado incumplimiento de la administración al acuerdo suscrito. Es así como con el

consentimiento dado por el representante legal de las sociedades (…) y (…) el Departamento Administrativo de Valorización Municipal de Ibagué mediante la suscripción del convenio, facultaron la designación de árbitros, renunciaron a la jurisdicción contenciosa y habilitaron a la conformación del tribunal pertinente. Ahora, respecto a si el convenio y su modificatorio configura o no un contrato estatal o si es inválido ese acuerdo, resalta la Sala que en este proceso dichos aspectos no pueden analizarse, en razón, de una parte, a que la cláusula compromisoria desprovee de competencia al juez natural ante la ocurrencia del conflicto, y de otra, en atención a que las partes al así hacerlo resuelven investir temporalmente a particulares la función de administrar justicia para que en condición de árbitros zanjen los conflictos que eventualmente se presenten.

b. Cláusula compromisoria y su autonomía. Su presencia desplaza la competencia de la jurisdicción contenciosa

Extracto: "[A]demás, no debe perderse de vista que la cláusula compromisoria es autónoma y por consiguiente la inexistencia o invalidez del contrato respecto del cual se celebró el pacto arbitral no incide en ella. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente y esto no impide en manera alguna, que si el juez encuentra probada una causal de nulidad absoluta del pacto correspondiente, sea cláusula o compromiso, lo declare oficiosamente, como lo puede respecto de cualquier clase de contrato, esto en el entendido que los pactos arbítrales revisten la naturaleza de negocios jurídicos, tal y como lo ha entendido el Consejo de Estado, es decir, revisten las características de verdaderos actos negóciales."

c. Excepción de falta de jurisdicción ante la convención de cláusula compromisoria para la resolución de conflictos

Extracto: "[L]a cláusula compromisoria es autónoma y por consiguiente la inexistencia o invalidez del contrato respecto del cual se celebró el pacto arbitral no incide en ella. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente y esto no impide en manera alguna, que si el juez encuentra probada una causal de nulidad absoluta del pacto correspondiente, sea cláusula o compromiso, lo declare oficiosamente, como lo puede respecto de cualquier clase de contrato, esto en el entendido que los pactos arbítrales revisten la naturaleza de negocios jurídicos, tal y como lo ha entendido el Consejo de Estado, es decir, revisten las características de verdaderos actos negóciales.

d. De la negativa de nulidad por falta de jurisdicción y de su reconsideración en la sentencia

Extracto: "Debe señalarse que revisada con detenimiento la *causa petendi* de la demanda, se observa con absoluta claridad que contrariamente a lo afirmado por la Sala en su decisión del 2 de julio de 2005, la demanda está enfocada a establecer el incumplimiento de unos supuestos convenios celebrados con la administración, y no a demostrar que con anterioridad a estos hubo una ocupación de los predios de los actores con ocasión de una obra pública. (…) Es así como de la correcta interpretación de la demanda se concluye sin dificultad alguna que, en sentir de la parte actora, es el incumplimiento por parte del municipio de Ibagué de los supuestos convenios o acuerdos, lo que transformó la entrega voluntaria que se hiciera de los predios en virtud de tales acuerdos en una ocupación permanente de inmueble por causa de trabajos públicos y no la interpretación equivocada que hiciera la Sala mediante la providencia en comento al considerar como causa de la demanda y justificación para continuar el proceso de reparación directa "*la posible ocupación de los predios de los demandante con anterioridad a la suscripción del mencionado convenio" toda vez que "no puede el juzgador aferrarse a las palabras ni al sentido literal, sino que debe perseguir el conocimiento del contenido jurídico que ella encierra, y si el objeto de los procedimientos es la tutela de los derechos reconocidos en la ley substancial, con mayor razón es imperativo adoptar* ***un criterio de interpretación conjunta, razonada y científica de la demanda"***. (…) Aunado a lo anterior, es hecho irrefutable del grave error en que incurrió la Sala en providencia del 2 de julio de 2005 de esta Corporación, que a pesar de no obrar dentro del expediente prueba alguna que indique que previamente a la suscripción del supuesto convenio de fecha 15 de julio de 1996 se ocuparon

los predios, ordenó continuar con el trámite del proceso argumentando que "…medió la posible ocupación de hecho denunciada en la demanda…". (…) Así las cosas, como lo ha sostenido esta misma Sección, en forma reiterada, "los errores que comete el juez durante el curso de un proceso no lo atan y, por tanto, él puede y debe efectuar la corrección de los mismos, de manera oficiosa, en cuanto advierta su existencia". (…) Pues bien, siendo así las cosas aparece de manera evidente que al municipio demandado le ha asistido la razón desde el mismo momento en que contestó la demanda pues desde ese entonces, cuando propuso la excepción de falta de jurisdicción por existir una cláusula compromisoria, ha venido insistiendo en que esta jurisdicción no puede conocer de este asunto, porque las partes convinieron que las diferencias derivadas de los acuerdos que celebraron debían ser resueltas por un tribunal de arbitramento.

Sentencia de 12 de febrero de 2013. Exp. 73001-23-31-000-2001-01189-01(24612), M.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Acción de Reparación Directa

6. El Consejo de Estado declaró infundado el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral de 10 de febrero de 2012, que dirimió el conflicto entre el Ministerio de Minas y Energía y una sociedad contratista, toda vez que el accionante no justificó ni probó las causales invocadas

Síntesis del caso: Entre el Ministerio de Minas y Energía y Gas de Risaralda S.A. E.S.P. se suscribió el "contrato de concesión especial para la prestación del servicio público de distribución de gas natural por red física o tubería en forma exclusiva en el área denominada Área de Risaralda". Dentro de este se pactó cláusula compromisoria. En la ejecución del contrato se profirieron reformas tributarias que afectaron el contrato.

Al juez arbitral le asiste la facultad de interpretar la demanda

Extracto: "[C]onsideraciones respecto de la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: "Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido." (…) Como lo ha precisado la Sala, esta causal *"(…) son los términos de la cláusula compromisoria —o del compromiso— y las solicitudes de convocante y convocada, los extremos que delimitan la competencia de los árbitros, quienes habrán de pronunciarse solamente en relación con los anotados asuntos pero, igualmente, con respecto a todos ellos, sin que sea dable que el Tribunal adopte decisiones extra petita —que recaigan sobre cuestiones no sujetas al arbitraje—, ultra petita —que concedan más de lo pedido—, o mínima petita —que dejen de decidir cuestiones sometidas al proceso— pues, en tales eventos, se tipificará el aludido yerro procedimental que da lugar a la anulación del laudo."* (…) *"Así pues, el ámbito del debate se encuentra delimitado por el contenido de la demanda —pretensiones y causa petendi— y el de la contestación de la misma —excepciones propuestas por la parte pasiva—, así como por la demanda de reconvención y su respectiva contestación, cuando a ellas hay lugar, todas las cuales deben estar comprendidas, naturalmente, dentro del objeto del pacto arbitral. Esa determinación del litigio enmarca la competencia de los árbitros y permite definir hasta dónde los mismos pueden válidamente pronunciarse —principio dispositivo—."* (…) el Tribunal, en uso de la facultad-deber que le asiste al juez para interpretar la demanda y que, desde luego, también incluye a la justicia arbitral, delimitó su competencia y estableció el alcance de la demanda, (…) En relación con las obligaciones consagradas en el contrato, efectuó el Tribunal el análisis de diversas cláusulas del contrato y, entre otras, se ocupó de la cláusula 49, siguiente (…) También se ocupó el Tribunal de la interpretación de la cláusula 49, a partir de la cual concluyó que constituía una obligación de la entidad concedente el pronunciarse acerca del estudio realizado por el concesionario sobre el impacto de los cambios tributarios en el cargo de la red, con miras a su aprobación o improbación. (…) así pues, no encuentra la Sala que éste se hubiere pronunciado respecto de temas que no se hubiesen planteado en las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, no prospera la causal alegada."

Sentencia de 30 de enero de 2013. Exp. 11001-03-26-000-2012-00024-00(43453). C.P. HERNAN ANDRADE RINCON. Recurso de Anulación de Laudo Arbitral

7. El Consejo de Estado declaró patrimonialmente responsable al Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por las lesiones causadas a un auxiliar bachiller de Policía, que en cumplimiento de las funciones de vigilancia y control de un evento resultó atropellado por un vehículo en la ciudad de Valledupar

Síntesis del caso: El 23 de agosto de 1998, el auxiliar bachiller de Policía de la ciudad de Valledupar, Ze Carlos Molina Santana, sufrió un accidente al ser atropellado por un vehículo, cuando adelantaba funciones de vigilancia y control de espectadores del evento.

Deber de garante. Responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado por lesiones sufridas por los auxiliares bachilleres en cumplimiento del servicio, aunque la producción del daño no le sea atribuible desde el punto de vista fáctico, sí lo es jurídicamente

Extracto: "[S]i bien es cierto que la causa directa, inmediata y material del daño fue la actuación de un tercero, el resultado perjudicial es imputable a la demandada porque la causación del mismo tuvo una relación mediata con el servicio que estaba prestando el conscripto, quien no había asumido de manera voluntaria los riegos que pudieran derivarse del ejercicio de esa actividad y a quien, por lo tanto, el Estado estaba en la obligación de garantizar su integridad sicofísica. (…) La entidad deberá indemnizar los perjuicios causados al demandante, a pesar de que no hubiera causado el accidente, ni aparezca demostrado que el daño se produjo a causa de un deficiente funcionamiento del servicio, porque el resultado perjudicial tuvo una relación mediata con el servicio que estaba prestando la víctima. Es decir, que aunque el daño no le sea atribuible desde el punto de vista fáctico, sí lo es jurídicamente. (…) considera la Sala que no están demostrados los supuestos de hecho aducidos por el demandante, relacionados con la inasistencia médica o la incorporación del auxiliar cuando aún no se había vencido el término de la incapacidad médica. (…) En efecto, (…) en relación con la responsabilidad médica aducida por los demandantes, antes que su falta, lo que aparece demostrado es que ese servicio estuvo a cargo de la entidad responsable del accidente y que cuando ésta se abstuvo de continuar brindándoselo, la Policía Nacional lo asumió."

Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Exp. 20001-23-31-000-2000-00570-01(25998). C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH (E). Acción de Reparación Directa

8. Se denegaron las pretensiones de una acción de reparación directa interpuesta contra el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, que pretendía el reconocimiento de los perjuicios por el hurto de ganado de una finca del Municipio de Mercaderes del Departamento del Cauca efectuado por un grupo armado al margen de la ley, ante la inexistencia de material probatorio que demostrara la omisión de la administración en el deber de protección y seguridad

Síntesis del caso: El 7 de octubre de 1999, un grupo conformado por varios hombres y mujeres, que portaban armas de largo y corto alcance y quienes se identificaron como integrantes de un grupo guerrillero, ingresaron a la Hacienda Curacas en el municipio de las Mercaderes (Departamento del Cauca) y se llevaron 22 vacas horas, 1 novilla de levante y 1 toro; siendo éstos animales de propiedad del Fondo Ganadero del Cauca, y otros animales y objetos de propiedad del dueño de la finca.

Improcedencia de responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado por hurto de bienes efectuado por grupos armados ilegales.

Se requiere establecer la omisión de la administración. Requerimiento previo

Extracto: "[L]a jurisprudencia de esta Corporación, en casos como el que es objeto de estudio en el presente proveído, en el cual se discute la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia de la presunta omisión de las autoridades públicas en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, ha considerado que el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio. (…) Es así como frente a supuestos en los cuales se analiza si es procedente declarar la responsabilidad del Estado, como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia se alega que

ha sido determinante la omisión por parte de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Corporación ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. (…) En este sentido, con ocasión de una demanda en la que se reclamaba la declaración de responsabilidad patrimonial de la Policía Nacional, con ocasión del hurto de un ganado, la Sala sostuvo "*(…) Conforme a la jurisprudencia de la Sala, para que pueda considerarse que el Estado es responsable por omisión, en los eventos en los cuales se le imputa el daño por falta de protección, **se requiere previo requerimiento a la autoridad**, pero en relación a ese requerimiento no se exige ninguna formalidad, porque todo dependerá de las circunstancias particulares del caso. Es más, **ni siquiera se precisa de un requerimiento previo cuando la situación de amenaza es conocida por dicha autoridad**. **Es decir, que serán las circunstancias concretas las que determinarán cuál era la obligación específica de seguridad que tenía el Estado en relación con quien ha sufrido un daño**. (…)*" resulta apropiado señalar que, si bien es deber del Estado brindar protección a todas las personas residentes en el país, la Sala ha considerado que no le son imputables todos los daños a la vida o a los bienes de las personas, porque sus obligaciones son relativas, en tanto limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se puedan desarrollar, dado que "nadie está obligado a lo imposible". De igual manera se ha aclarado que la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa de manera absoluta su incumplimiento, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquellas que según el caso concreto le correspondían. (…) En conclusión, como no está demostrada la existencia de una obligación concreta a cargo del Estado que, de haberse cumplido, hubiera evitado el daño que sufrió la parte demandante, no hay lugar a declarar patrimonialmente responsable a la entidad demandada por falla en el servicio por omisión, por lo que, el vacío probatorio evidenciado y la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, llevan a la Sala a atribuir las consecuencias desfavorables de la falta de prueba respecto del anotado elemento relevante para la presente litis a la parte sobre la cual recaía el preanotado "*onus probandi*", esto es, a la accionante.

Sentencia de 30 de enero de 2013. Exp. 19001-23-31-000-2000-02728-01(27040). C.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Acción de Reparación Directa

9. Se declaró patrimonialmente responsable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario al pago de perjuicios morales y materiales, por la muerte de recluso en la Cárcel La Picota de Bogotá, quien ingresó con patología de asma crónica y no recibió tratamiento médico integral con seguimiento continuo de la enfermedad que le permitiera controlar su evolución, no se buscaron soluciones adecuadas como el traslado a otra ciudad dado que el clima era factor con alta incidencia en el manejo de la enfermedad, ni tampoco se brindaron medidas alternas tendientes a aliviar su precaria situación médica, como proveerle lo necesario para que no durmiera en el piso y se le suministrara oxígeno para mejorar su respiración.

Síntesis del caso: Recluso que se encontraba en la Cárcel La Picota de Bogotá murió el día 22 de octubre de 1999, razones que motivaron a su señora madre, hermanos e hija a instaurar demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, solicitando se les reconocieran los perjuicios causados por su fallecimiento dentro de establecimiento carcelario.
a. Persona que ingresó a establecimiento carcelario sin realizarle por parte del INPEC examen físico que detectara patología de asma crónica y condiciones de la Cárcel La Picota de Bogotá, generó crisis asmáticas frecuentes

Extracto: El INPEC adujo en su defensa, que la muerte del recluso fue producto de una enfermedad que padecía antes de ingresar al centro carcelario y que en el penal recibió tratamiento adecuado pero falleció por complicaciones propias de su patología. Pues bien, el análisis de la historia clínica allegada al proceso permite establecer que si bien no aparece un examen físico al ingresar, en la primera oportunidad en que es valorado por la sección de sanidad de la cárcel La Picota se consignó que el señor Serna Gil sufría de asma crónica y más adelante se registró que el paciente a menudo presentaba crisis asmáticas fuertes sobre todo por el frío debido a que tenía que dormir en el piso, porque no tenía colchón.

b. Por falta de tratamiento médico integral que controlara evolución de asma crónica y condiciones dignas, recluso murió en centro carcelario

Extracto: Consta en la historia clínica que en repetidas oportunidades el señor Serna fue atendido en el centro de reclusión y también hospitalizado varias veces, pero de lo allí consignado no es posible deducir si recibió un tratamiento médico integral, con seguimiento continuo de la enfermedad que le permitiera controlar su evolución o por lo menos morigerar su sintomatología, teniendo en cuenta que la atención médica constituye una obligación a cargo de la administración, de la cual no puede sustraerse, por cuenta de las relaciones especiales de sujeción que gobiernan el vínculo existente entre los reclusos y las autoridades carcelarias. Lo que si resulta evidente es que en el sub judice, la actuación de las autoridades se limitó a prestar el servicio médico (al parecer para solucionar las urgencias en momentos de crisis) pero no se buscaron soluciones adecuadas a su problema, ya que si clínicamente se conocía que el clima era un factor con alta incidencia en el manejo de la enfermedad, ha debido solicitarse su traslado a otra ciudad y en caso de no ser esto posible, implementar medidas alternas –dentro de las limitaciones que se viven al interior de los centros carcelarios- tendientes a aliviar su precaria condición médica, tales como proveerle lo necesario para que no tuviera que dormir en el piso o suministrarle el oxigeno ordenado para mejorar su respiración, pero nada de esto ocurrió, con lo cual se desconocieron las normas del Código Penitenciario y Carcelario que permiten el traslado del interno y también establecen que la dirección de sanidad debe velar por la salud de los internos.

c. Se negó reconocimiento de perjuicios materiales por lucro cesante a madre de recluso

Extracto: En relación con los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, por la ayuda dejada de percibir, se precisa que ellos fueron solicitados solo para su madre, puesto que al momento de los hechos la hija tenía 35 años, teniendo en cuenta que al momento de su muerte el señor Abelardo Antonio Serna Gil tenía 56 años de edad, pero según las declaraciones obrantes en el proceso antes de ser detenido vivía con ella y le ayudaba a su sostenimiento. No obstante lo anterior, a juicio de la Sala, los perjuicios materiales no pueden ser reconocidos ya que no se probó que al interior del penal el señor Serna Gil percibiera algún tipo de ingreso y no puede aplicarse la presunción de que al salir del sitio de reclusión devengaría al menos un salario mínimo, teniendo en cuenta que fue condenado a pena de prisión de 42 años y tres meses, de los cuales había cumplido solamente dos años puesto que su captura se produjo el 12 de junio de 1997, de manera que al restarle 40 años por cumplir, dicho lapso supera ampliamente la vida probable de la señora Rosana Gil, quien a la fecha de los hechos contaba con 86 años de edad.

Sentencia de 30 de enero de 2013, Exp. 25000-23-26-000-200101156-01(25573), M.P. OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ. Acción de reparación directa.

Con aclaración de voto del Dr.Jaime Orlando Santofimio Gamboa

10. Se negaron las pretensiones de la demanda instaurada en contra de la Nación Rama Judicial - Fiscalía General, por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia derivado del hecho de haber dejado prescribir la acción penal por el delito de fraude a decisión judicial

Síntesis del caso: El día 16 de mayo de 1997 se formuló denuncio penal ante la Fiscalía General de la Nación contra ciudadano por la comisión del delito de fraude a decisión judicial y la Fiscalía 21 ante los jueces penales del circuito el 22 de julio del mismo año, profirió resolución de apertura de la investigación y al resolverle situación jurídica al encartado dictó con medida de aseguramiento en su contra. Sin embargo el ente instructor no calificó el sumario en debido tiempo razón por la cual mediante resolución de 18 de enero de 2008 precluyó la investigación penal en favor del investigado por extinción de la acción penal.

a. No es viable pretensiones resarcitorias de la parte civil dado que preclusión de la investigación tuvo como causa la prescripción de la acción penal y el afectado estaba facultado para perseguir perjuicios en proceso ordinario civil

Extracto: Cuando el resultado del proceso penal sea una declaración en alguno de los sentidos reseñados no será viable darle prosperidad a las pretensiones resarcitorias de la parte civil. Dado que en el caso que ocupa a la Sala en esta oportunidad, la preclusión de la investigación tuvo como causa la prescripción de la acción penal, el señor Ochoa Estrada se encontraba facultado por el ordenamiento jurídico para perseguir los perjuicios alegados en un proceso ordinario de carácter civil.

b. Daño alegado es incierto porque su reconocimiento depende del resultado de proceso penal

Extracto: Se tiene que si bien el señor Ochoa Estrada se constituyó como parte civil en el proceso penal adelantado por el presunto delito de Fraude a Resolución Judicial contra el señor Meyers Cook y que dicha instrucción terminó con la declaratoria de preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal, el daño alegado por el señor Ochoa Estrada no puede tenerse por cierto en atención a dos razones fundamentales: i) La primera razón tiene que ver con el carácter incierto de las resultas del proceso penal surtido contra el señor Meyers Cook, en efecto, el proceso adelantado por la Fiscalía General de la Nación se encontraba en la etapa anterior a la calificación del sumario, es decir en la instrucción del sumario, faltándole todavía la calificación y el juicio. Es decir, el señor Meyers Cook bien hubiere podido argumentar y probar la existencia de una causal eximente de responsabilidad, de atipicidad de la conducta, de ausencia de autoría o de inexistencia del hecho punible, argumentos que debía resolver el juez en la debida oportunidad, o aún se habría podido configurar una nulidad procesal por alguna de las causales consagradas en el Código de Procedimiento Penal; en este sentido el carácter incierto del daño se deriva de la posible ocurrencia de los áleas normales de toda actuación judicial y particularmente de los procesos penales. (…) no es posible considerar que la condena por el delito de Fraude a Resolución Judicial al señor Meyers Cook hubiere sido cierta o segura de no haber ocurrido la prescripción de la acción penal; al contrario, tal seguridad sólo se puede derivar de la firmeza del veredicto definitivo en el proceso penal; tampoco es dable afirmar el carácter inexorable de la condena civil en el marco del mencionado proceso penal, puesto que ella se encontraba supedita a lo que hubiere encontrado probado en el expediente el juez de la causa.

c. El particular no perdió oportunidad como parte civil en proceso penal

Extracto: El hecho de que el señor Ochoa Estrada tuvo la posibilidad real de acudir a la jurisdicción civil para que, al cabo de un proceso ordinario de responsabilidad extrancontractual, se ordenara el pago de los perjuicios derivados de la conducta del señor Meyers Cook. Es decir, el solo hecho de la prescripción de la acción penal por Fraude a Resolución Judicial respecto del señor Meyers Cook no le da carácter de cierto al daño, puesto que en casos como el presente, se requiere que el particular haya perdido cualquier oportunidad de obtener el resarcimiento solicitado como parte civil en el proceso penal por la conducta activa u omisiva de la entidad pública demandada, lo cual no ocurrió en el sub lite.

d. El actor no se encontraba en situación de imposibilidad definitiva de obtener resarcimiento esperado El Tiempo de denuncia de los hechos influyó en el resultado de preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal

Extracto: Lo anterior se debe analizar, además, a la luz de lo que ha afirmado la Sala en torno a la pérdida de oportunidad, para cuya configuración en cada caso concreto ha establecido tres criterios. (…) el señor Ochoa Estrada no se encontraba en una situación de imposibilidad definitiva de obtener el resarcimiento esperado y, por el otro, tampoco se puede afirmar, como lo hizo el demandante, que en este caso el delito hubiere estado “servido en bandeja” y que la sola Resolución de Apertura de Investigación ya era requisito suficiente para que se encontrara probado el punible que se investigaba por su denuncia. En este orden de ideas, la Sala encuentra que el daño alegado por la parte actora no ostenta el carácter de cierto y, por lo tanto, revocará la sentencia de primera instancia. Agréguese a lo anterior que el ahora demandante decidió esperar, por su propia voluntad, dos años y 7 meses desde la ocurrencia de los hechos antes de denunciar el presunto ilícito penal del cual había sido víctima y perjudicado; aun cuando ello no quiere decir que el señor Ochoa Estrada carecía de una posición jurídica protegida por el derecho (siendo la prescripción de cinco años), lo cierto es que el transcurso de todo ese tiempo que él

dejó correr sí influyó decisivamente en el resultado final de la preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal.

Sentencia de 30 de enero de 2013, Exp. 66001-23-31-000-2000-0876-01(23769), M.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Acción de reparación directa.

11. Se declaró la responsabilidad patrimonial y administrativa de la Nación - Ministerio de Defensa Policía y se ordenó reparación in natura por daños causados en el ámbito forestal a cultivos de caucho, yuca y pastos que existían en el lote ubicado en la Trinidad -Departamento del Caquetá, con ocasión de las fumigaciones de glifosato realizadas para erradicar cultivos ilícitos en la zona.

Síntesis del Caso: El 26 de abril de 1999 la sección de Antinarcóticos de la Policía Nacional realizó fumigaciones con glifosato, lo que afectó los cultivos de caucho, yuca, pastos y bosques de reserva forestal, situación que obligó a propietarios del predio la Parcela instaurar demanda de reparación directa en contra del Ministerio de Defensa, para obtener la indemnización por los perjuicios materiales ocasionados

a. Fumigaciones con glifosato causaron perjuicios en parcelas la Trinidad del Departamento del Caquetá, por no identificar Miembros de Antinarcóticos de la Policía predios según los procedimientos del artículo 77 de la Ley 30 de 1986 para erradicar cultivos ilícitos

Extracto: De un análisis en conjunto de todo el material probatorio se desprende que, tal como lo refirieron los funcionaros de la UMATA y CORPOAMAZONÍA, el glifosato dañó los pastizales, los cultivos de yuca y caucho y también el bosque secundario. Se comprende entonces que ante tal situación el actor se desprendiera de su cuidado, al punto que el perito designado dentro del proceso pudo establecer descuido y abandono de plantaciones y cultivos. (…) en primera instancia se calificó de incorrecta la actuación de la demandada, pues en las labores de fumigación adelantadas entre el 15 y el 27 de abril de 1999, no se cumplieron las previsiones del art. 77 de la Ley 30 de 1986 (…) Pasó por alto el tribunal de primera instancia que en todas las actas de fumigación que se vienen citando, la demandada dejó constar que "NO SE PUDO DAR CUMPLIMIENTO AL ARTÍCULO 77 LEY 30 POR SER ZONA DE ALTO RIESGO Y NO EXISTE UN LUGAR PARA EL DESCENSO DE LAS AERONAVES"

b. Se condenó al Ministerio de Defensa Nacional Policía a pagar perjuicios por daño ambiental causado en predios de particulares, al no identificar linderos y cultivos ilícitos cuando realizaron fumigaciones con glifosato

Extracto: Acreditado que ese día fue fumigado por aspersión aérea de glifosato y que las secuelas en los cultivos, plantaciones y pastizales sembrados en el predio La Trinidad coinciden con las que genera el herbicida utilizado por la demandada, no cabe duda de la responsabilidad de la accionada y así habrá de resolverse. (…) la Sala encuentra acreditados (i) el hecho generador del daño, esto es, la aspersión aérea de glifosato realizada por la Policía Nacional, (ii) los daños causados al predio La Trinidad ubicado en la vereda Agua Dulce del municipio Belén de los Andaquíes y (iii) el nexo de causalidad entre uno y otro. (…) la Sala itera que a partir del marco jurídico que protege al medio ambiente, reglamentación que integra tratados internacionales, normas constitucionales, leyes y decretos sobre la materia, aunque el agente realice una actividad lícita o legítima, al causar un daño ambiental se genera la obligación de reparar. Así las cosas, lo cierto es que en el sub lite, el daño ambiental que sufrieron los demandantes en su predio, que no tienen la obligación jurídica de soportar, fue causado por la entidad pública demandada, por lo que le asiste el deber de repararlo integralmente. Con todo, aunque la Sala acepta la situación de orden público como una fuerza mayor que impide la visita al predio, lo cierto es que la norma comentada que se acaba de transcribir exige genéricamente "identificar" tanto los linderos del predio como los cultivos ilícitos, tarea que con los medios tecnológicos con los que ahora se cuenta, puede cumplirse sin la necesidad de hacer presencia física en el predio, por ejemplo, con imágenes satelitales o tomadas desde una aeronave. Entonces, más allá de la responsabilidad patrimonial de la demandada que en este caso se configura al haber causado con su actuar los daños ambientales referidos, lo cierto es que al Estado no le está permitido proceder a fumigar un cultivo sin haberlo identificado previamente como ilícito

c. Reparación in natura por daños causados en el ámbito forestal

Extracto: La denominada reparación in natura constituye una de las manifestaciones más relevantes de la indemnización de los daños producidos en el ámbito forestal, puesto que frente a un daño ambiental lo más importante es conseguir la restauración y recuperación del medio natural afectado. Es por esto que la Sala, acogiendo el principio orientador de la reparación integral previsto en el art. 16 de la Ley 446 de 1998, en la presente valoración no puede ignorar el daño de tipo "ecológico" que, en palabras de los propios peritos, sufrieron los bosques del predio del demandante Cárdenas Rojas Así las cosas, se acogerá la vista experta de estos especialistas en temas ambientales, como sin duda lo es el funcionario de Corpoamazonía; por tanto, dado lo complejo que resulta la cuantificación económica según los mismos expertos, se ordenará a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, con el apoyo técnico de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía -con jurisdicción en el Departamento del Caquetá-, financiar con su patrimonio "un proyecto de reforestación con especies maderables propias de la región, como el cedro, achapo, nogal, balso, carbonero, ahumado, etc.". (…) Así las cosas, debe la Sala disponer la reparación in natura porque **(i)** normas internacionales y constitucionales imponen la reparación integral de los daños ambientales y **(ii)** en este caso los sufridos por los bosques primarios y secundarios que se encuentran dentro del predio La Trinidad, no son susceptibles de apreciación económica, debiendo la Sala, con esta medida sugerida por la misma autoridad ambiental, garantizar la protección objetiva al medio ambiente cuyo contenido de interés social y de utilidad pública según el desarrollo legal citado ut supra, debe primar sobre cualquier otra consideración de estirpe subjetiva o individual

Sentencia de 30 de enero de 2013, Exp. 18001-23-31-000-1999-00278-01 (22060), M.P. STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO. Acción de reparación directa.

FE DE ERRATAS

Se aclara que, en el Auto de la Sala Plena de la Sección Tercera de 13 de febrero de 2013, Exp. 11001-03-26-000-2012-00078-00(45679)A, la doctora Stella Conto Díaz del Castillo presentó Salvamento de Voto y no aclaración de Voto, como se publicó en el Boletín 118. A continuación se presenta el extracto jurisprudencial del Salvamento de la referencia:

Salvamento de voto doctora STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Rechazo de recurso de reposición. La presencia de protuberantes yerros en el recurso da lugar a su rechazo de plano por improcedente

Los ciudadanos tienen el deber de acatar las decisiones judiciales, pero gozan igualmente del derecho a discrepar de las mismas

Discrepo de la decisión adoptada, en primer lugar, porque la propia providencia mayoritaria considera que en la interposición del recurso se cometieron *"protuberantes yerros"*. (…) Si lo anterior es así, es decir, si el recurso de reposición interpuesto resulta, por motivos de forma, improcedente, entonces, debe rechazarse de plano en esos precisos términos; (…) dado que la Sala resolvió pronunciarse sobre la manera en que se expresó el representante de la UNP en el escrito de reposición, debo dejar constancia de mi desacuerdo al respecto por las razones que expongo a continuación. (…) Es a todas luces claro que, (…) si la ciudadanía ha de respetar y acatar las decisiones judiciales, goza también del derecho a discrepar de las mismas; estas divergencias pueden ser manifestadas de distintas maneras, por cauces formales e informales. Y es que ello constituye la legítima expresión del derecho a ejercer el control de la gestión pública en relación con el cual las autoridades judiciales no permanecen, ni pueden quedar al margen. (…) al igual de lo que sucede con los demás funcionarios estatales, las autoridades judiciales están sometidas a un nivel de escrutinio más profundo y más amplio. En ello coinciden la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia interamericana. (…) Así las cosas, no se entiende el énfasis que marca la decisión mayoritaria en el control de convencionalidad (…) Precisamente si se parte de la *"sujeción al ordenamiento jurídico ordinario, constitucional y supranacional, con el cual debe contar cualquier Juez*

de la República al momento de adoptar una decisión" debe concluirse –sin que haya lugar a dudarlo– que actualmente el grado de democratización y de respeto al pluralismo se mide justamente de conformidad con la manera como las autoridades públicas reaccionen frente al disenso. (…) Puede que los términos usados por el recurrente en su escrito hayan sido exagerados e, incluso, duros o hirientes, pero no pasaron de ser un mero juicio de valor. Y es que un escrito de reposición no puede subsumirse en la categoría de ***mensaje informativo***. Quien interpone un recurso para que se revise la providencia respecto de la cual se halla en desacuerdo, no está obligado a expresar los hechos de manera objetiva. Es más, se espera que los argumentos usados estén tiznados de cierta subjetividad y se dirijan a mostrar lo que más le conviene a la parte recurrente. (…) Prima, por tanto, el matiz subjetivo, el juicio de valor. Bien sabido es que no le está permitido a las autoridades judiciales pronunciarse sobre la veracidad o imparcialidad de los juicios de valor. Son las ***informaciones*** y no las ***opiniones*** las que por mandato del artículo 20 superior deben sujetarse a los requerimientos de veracidad y de imparcialidad. (…) [En suma] no encuentro irrespetuosas ni injuriosas las expresiones usadas por el recurrente aunque sí las hallo por entero equivocadas. De suerte que si el recurso hubiere sido interpuesto bajo observancia de los requisitos previstos por el ordenamiento jurídico, en todo caso, no estaba llamado a prosperar. Esto, no por tratarse de un irrespeto a la administración de justicia –como lo encontró la decisión mayoritaria–, sino por cuanto, en el caso de autos, la razón para reponer fue –se repite– equivocada.

Auto de Sala Plena de la Sección Tercera de 13 de febrero de 2013. Exp. 11001-03-26-000-2012-00078-00(45679)A. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Acción de Reparación Directa

SECCIÓN CUARTA

1. Las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la movilización y legalización de mercancías amparadas con tornaguías son las previstas, para el efecto, por la Ley 223 de 1995, esto es, la aprehensión y el decomiso de los productos gravados con el impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas. En consecuencia, es ilegal que la autoridad tributaria territorial establezca sanciones distintas, que la ley no ha previsto, y menos, el Gobernador, a quien la Asamblea le otorgó facultades precisas.

Se decidió sobre la legalidad de los artículos 183, 184, 185 y 186 del Decreto 000426 del 22 de noviembre de 2005, expedido por el Gobernador del Cesar, que establecían sanciones por no movilización de mercancías dentro del término legal, por falta de legalización y legalización extemporánea de la tornaguía y por falta de correspondencia entre los productos transportados y los amparados por la tornaguía.

Extracto: "La Ley 223 de 1995 sobre racionalización tributaria, en el Capítulo VII, reguló el impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas, de propiedad de la Nación, que ésta cede a los departamentos y al Distrito Capital (art. 185). El legislador señaló que el gravamen se rige por lo dispuesto en esta Ley y los reglamentos que, en su desarrollo, profiera el Gobierno Nacional. Que el procedimiento es el previsto en el Estatuto Tributario, salvo el periodo gravable, además, prohibió a las asambleas departamentales y al Concejo de Bogotá expedir reglamentaciones sobre la materia (art. 193). La misma ley dispuso que el Gobierno Nacional reglamentaría la movilización de los productos gravados con ese tributo (art. 197); además, que en caso de incumplimiento del pago del impuesto o de las obligaciones a cargo de los sujetos responsables, los departamentos y el Distrito Capital podrían aprehender y decomisar los productos sometidos a dicho tributo (art. 200). Por medio del Decreto 3071 de 1997, el Gobierno Nacional reglamentó el Sistema Único Nacional de control de transporte de productos gravados con impuesto al consumo, el cual exige para la movilización de tales productos, la autorización previa de la autoridad competente, control que ejerce mediante el uso de tornaguía. Este acto en los artículos indicados por el apelante, establece que: la movilización de los productos, por parte del transportador, debe iniciarse, a más tardar, el día siguiente a la fecha en que la autoridad competente haya expedido la correspondiente tornaguía (art. 5°) y que, el término para la legalización de las tornaguías es de quince (15) días siguientes a la fecha de su

expedición. […] De lo anterior, se colige que el Decreto Reglamentario, en los artículos indicados por el apelante, no establece sanción alguna, pues no define conducta sancionable, base de cuantificación, tarifa, cuantía de la sanción y la autoridad competente para aplicarla. […] La Ley 223 de 1995 dispone la aprehensión y el decomiso de los productos gravados con el impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos y mezclas de bebidas fermentadas con bebidas no alcohólicas, en los casos en que no se acredita el pago del impuesto y por el incumplimiento de obligaciones a cargo de los responsables. De otra parte, si bien, como se indicó, la Ley 788 de 2002, dejó a salvo la facultad de las entidades territoriales de disminuir el monto de las sanciones y simplificar los procedimientos, dependiendo de la naturaleza de los tributos y la proporcionalidad de las sanciones respecto del monto de los impuestos, de ninguna manera, en aplicación del artículo 59 ib., la autoridad tributaria territorial podía establecer sanciones que la ley no ha previsto, y menos, el Gobernador a quien la Asamblea le otorgó facultades precisas. Dado que la facultad impositiva territorial está limitada a la Constitución Política y a la ley, en el caso, el Gobernador del Cesar excedió las facultades extraordinarias otorgadas por la Asamblea Departamental, al establecer sanciones no autorizadas por el legislador, pues sus atribuciones se limitaban a compilar las normas de carácter tributario, incluidas las sanciones vigentes en ese momento, y a adaptar el procedimiento tributario nacional, incluido el sancionatorio, a los tributos administrados por el ente territorial".

Sentencia de 6 de diciembre de 2012. Exp. 20001-23-31-000-2008-00139-01 (18716), M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad.

2. El desistimiento tácito de la demanda no opera si se consignan los gastos procesales, fijados en el auto admisorio de la demanda, antes de que se efectúe la declaración judicial de esa figura.

La Sala determinó que no se ajustó a derecho la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró el desistimiento tácito de una demanda y ordenó el archivo del expediente en que se tramitaba el asunto, por cuanto se acreditó que la parte demandante consignó la suma fijada para gastos procesales antes de que esa Corporación declarara el desistimiento.

Extracto: "La Sala observa que Bancolombia S.A. consignó a órdenes del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el valor fijado para cubrir los gastos del proceso, y si bien lo hizo después de cumplido el mes contado desde vencimiento del plazo otorgado para consignar los gastos del proceso, debe reconocerse que el cumplimiento de esa carga antes de que se declarara el desistimiento tácito de la demanda demuestra la intención de la sociedad actora de continuar con el trámite de la demanda. Así que aunque el pago de los gastos procesales se hizo fuera de tiempo, al estar esa carga cumplida debió seguirse con el curso normal del proceso, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia. En consecuencia, se revocará el auto apelado, que declaró el desistimiento tácito de la demanda y ordenó el archivo del expediente. En su lugar, se ordenará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que, por Secretaría, efectúe las notificaciones respectivas y cumpla con las demás ordenes impartidas en el auto admisorio de la demanda para efectos de que pueda surtirse el trámite del proceso".

Auto de 15 de noviembre de 2012. Exp. 25000-23-27-000-2011-00334-01(19568), M.P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

3. a. La procedencia de la acción de simple nulidad contra un acto administrativo derogado se debe estudiar al proferir la decisión de fondo y no al momento de la admisión de la demanda.

La Sala estudió si se ajustó a derecho la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima que admitió la demanda de simple nulidad contra el artículo 6° del Acuerdo 007 de 2009 del Municipio de Ibagué y suspendió provisionalmente los efectos del mismo, pese a que el Acuerdo que contenía la disposición acusada fue derogado después de la presentación de la demanda y antes de la admisión de esta.

Extracto: "La Sala debe precisar que la procedencia de la acción de simple nulidad contra un acto administrativo derogado es una cuestión que forzosamente deberá estudiarse al momento de proferir la

decisión de fondo y no al momento de la admisión. En efecto, el juez administrativo, al decidir frente a la admisión de la demanda, debe verificar el cumplimiento de los requisitos formales previstos en los artículos 137, 138, y 139 del Decreto 01 de 1984. Por igual, el juez debe verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de la acción, esto es, la capacidad jurídica y procesal de las partes, el agotamiento de la vía gubernativa y la caducidad de la acción. En la etapa de admisión el juez no debe ni puede examinar los aspectos que constituyen el fondo de la controversia, pues, de lo contrario, anticiparía una decisión sobre cuestiones que necesariamente deben examinarse en la sentencia".

b. No procede la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuando la norma acusada ha sido derogada, por cuanto esa figura parte del supuesto de vigencia tanto de la norma violada como de la regla violatoria de esa norma, de modo que, si la regla ya no existe, no hay razón para suspenderla.

Extracto: "El artículo 152 del Decreto 01 de 1984 establece dos requisitos para que proceda la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos cuando se trata de acciones de simple nulidad. **1.** Que la medida se solicite y sustente de manera expresa en la demanda o en escrito separado, presentado antes de que sea admitida. **2.** Que exista una manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas en la solicitud de suspensión provisional. Esa infracción debe resultar por confrontación directa o mediante documentos públicos aportados con la solicitud. […] la norma cuya suspensión se pide desapareció del ordenamiento jurídico el 7 de marzo de 2011 y, por ende, dejó de producir efectos. Luego, la medida cautelar solicitada deviene improcedente. La suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo no es procedente cuando la norma acusada ha sido derogada, por cuanto dicha suspensión parte del supuesto de vigencia tanto de la norma violada como de la regla violatoria de esa norma. Si la regla ya no existe, no se ve razón para suspenderla".

Auto de 13 de septiembre de 2012. Exp. 73001-23-31-000-2011-00094-01(19472), M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad.

4. No procede el recurso de apelación contra el auto que decreta pruebas

Se estudió la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto contra un auto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que abrió un proceso a pruebas y decretó las pedidas por las partes.

Extracto: El artículo 181 del Decreto 01 de 1984 prevé que el recurso de apelación procede respecto de los autos que deniegan **(i)** la apertura a pruebas, **(ii)** el señalamiento del término para practicar pruebas, **(ii)** el decreto de prueba pedida oportunamente o **(iv)** la práctica de pruebas. […] la inconformidad de la apelante está relacionada con el decreto del dictamen pericial. Luego, el recurso de apelación deviene inadmisible, pues, como se dijo, el recurso de apelación no procede frente a las providencias que decretan pruebas, sino frente a los autos las deniegan.".

Auto de 9 de noviembre de 2012. Exp. 25000-23-27-000-2011-00326-01(19725), M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

5. Los concejos municipales están facultados para establecer el impuesto de teléfonos dentro de su ámbito territorial, toda vez que el literal i) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913 -que no fue derogado por el Decreto ley 1333 de 1986-, en concordancia con la Ley 84 de 1915, autorizan a los municipios y distritos para establecer ese gravamen, a la vez que, en virtud de las facultades que el artículo 338 de la Constitución Política otorga a los concejos municipales, estos pueden determinar directamente los elementos estructurales del tributo.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar que anuló los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del Acuerdo 028 del 30 de diciembre de 2002, por el cual el Concejo

Distrital de Cartagena de Indias, D.T. y C. estableció el impuesto a la telefonía básica conmutada y fijó los presupuestos objetivos del tributo, la Sala la revocó y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda.

Extracto: "Según el precedente judicial de la Sala, que corresponde con el criterio de la Corte Constitucional, el impuesto sobre teléfonos urbanos establecido en el literal *i)* del artículo 1° de la Ley 97 de 1913 no ha sido derogado, y en esa medida, constituye la autorización legal para que los concejos municipales y distritales establezcan este tributo dentro del ámbito de su competencia. […] aunque el Decreto Ley 1333 de 1986 no incluyó expresamente el impuesto previsto en el literal *i)* del artículo 1° de la Ley 97 de 1913, subsisten los gravámenes creados por la ley con anterioridad, pues el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República mediante la Ley 11 de 1986 no incluían la de derogar o modificar las leyes vigentes, sino únicamente la de compilar de manera armónica las normas que regulaban la administración municipal. […] el artículo 1º de la Ley 97 de 1915 y la Ley 84 de 1915, autorizan a los municipios y distritos para establecer el impuesto sobre teléfonos dentro de ámbito de su competencia. Y de acuerdo con las facultades constitucionalmente conferidas, éstos pueden determinar directamente los elementos estructurales del tributo, como en efecto lo hizo el Concejo Distrital de Cartagena mediante el Acuerdo 028 de 2002. Lo anterior resulta acorde con el criterio adoptado por la Corte Constitucional, que ha establecido que es admisible que los elementos de la obligación tributaria sean determinados por las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales dentro de unos parámetros mínimos que deben ser señalados por el legislador, a saber: *i*) la autorización del gravamen y, ii) la delimitación del hecho gravado. […] En estas condiciones, en tanto que el literal *i)* del artículo 1º de la Ley 97 de 1913 autorizó a los municipios y distritos para establecer el impuesto sobre teléfonos, el acuerdo demandando cumple la primera de las exigencias antes referidas, esto es, contar con un autorización legal. En cuanto al hecho generador del impuesto, según lo determinó esta Sala, pese a que el literal *i)* del artículo 1º de la Ley 97 de 1913 es genérico al expresar "*impuesto sobre teléfonos*", es posible determinar el alcance de la disposición para establecer que el hecho gravado se circunscribe, atendiendo a la época en que fue expedida la Ley 97 de 1913, *"a los teléfonos que se conectaban en los domicilios de los habitantes de una determinada localidad*". Por consiguiente, se tiene por cumplida la segunda de las exigencias para que el Concejo Distrital de Cartagena estableciera el impuesto de teléfonos".

Sentencia de 21 de noviembre de 2012, Exp. 13001-23-31-000-2005-01286-01(18691), M.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Acción de nulidad.

6. No son susceptibles de conciliación prejudicial las controversias relacionadas con el cobro de aportes parafiscales a favor del ICBF, por cuanto se trata de asuntos de naturaleza tributaria, en razón de que dichos aportes corresponden a una de las especies del tributo: la contribución.

La Sala analizó si el asunto sometido a discusión, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es de aquellos que deben cumplir con el requisito de conciliación prejudicial, en aplicación del artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

Extracto: "[…] mediante la presente acción el Banco Colpatria S.A. pretende se revoquen los actos administrativos a través de los cuales se dispuso el cobro de aportes parafiscales a favor del I.C.B.F., asunto de naturaleza tributaria por cuanto dichos aportes corresponden a una de las especies del tributo, la contribución. Es pertinente precisar que por expresa disposición legal, los asuntos de carácter tributario no son susceptibles de conciliación. La improcedencia de la conciliación en materia tributaria, tiene fundamento en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, norma subrogada por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, e incorporada en el artículo 56 del Decreto 1818 de 1998 (Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos) […]. Es importante señalar que si bien en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 se estableció, como regla general, la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa como requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, esta regla general no significa que en todos los asuntos susceptibles de ser discutidos ante esta jurisdicción, deba cumplirse de manera obligatoria con ese requisito. El Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, en su artículo 2º indica de manera específica, que en los casos en los que se discutan temas de naturaleza tributaria, estos no son susceptibles de conciliación […]. En este orden de ideas, y de acuerdo con la interpretación

sistemática que debe hacerse de las normas reseñadas, necesariamente se debe concluir que en el asunto bajo estudio la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad es improcedente, y no es posible atender el argumento del recurrente cuando afirma que el *a quo* no tuvo en cuenta que las normas sobre conciliación permiten la interrupción del término de caducidad, pues esta situación es predicable únicamente cuando el asunto es susceptible de conciliación, lo cual, como se dijo, no es aplicable en el presente caso".

Auto de 2 de agosto de 2012, Exp. 25000-23-27-000-2011-00082-01 (19147), M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

7. El término para recurrir en reconsideración en el Municipio de Neiva, establecido en el artículo 416 del Decreto 96 de 1996 (Estatuto Tributario de Neiva), aunque es inferior al previsto para el efecto en la normativa nacional, regula el plazo para interponer dicho medio de impugnación en el mencionado municipio, por cuanto está acorde con el artículo 59 de la Ley 788 de 2002, que si bien se expidió con posterioridad al citado decreto municipal, permitió a las entidades territoriales disminuir y simplificar los términos de los procedimientos del Estatuto Tributario Nacional, según la naturaleza de los tributos y su proporcionalidad respecto del monto de los impuestos, sin que para ello se requiriera la expedición de nuevos ordenamientos locales que adoptaran en forma expresa las medidas del artículo 59 de la referida ley.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Huila que anuló la actuación administrativa que constituyó en mora a Ecopetrol S.A., por concepto del impuesto de alumbrado público entre febrero de 1998 y septiembre de 2002, la Sala la revocó y, en su lugar, se inhibió para pronunciarse de fondo sobre la legalidad de tal actuación, por falta de agotamiento de la vía gubernativa generada por la extemporaneidad del recurso de reconsideración formulado por la demandante contra el acto administrativo que la constituyó en mora.

Extracto: "Sobre el procedimiento tributario aplicable en las entidades territoriales, es importante precisar que las Leyes 383 de 1997 y 788 de 2002 han consagrado regulaciones en la materia. El artículo 66 de la Ley 383 de 1997 estableció que los municipios y distritos, para efectos de las declaraciones tributarias, los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro relacionados con los impuestos administrados por ellos, debían aplicar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional. Posteriormente, la Ley 788 de 2002, en su artículo 59, dispuso que los departamentos y municipios debían aplicar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional para efectos de la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio, incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados. Así mismo, previó que el monto de las sanciones y el término de aplicación de los procedimientos anteriores, podían disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de los tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de éstas respecto del monto de los impuestos. Como se observa, la Ley 788 de 2002 dejó a salvo la facultad de las entidades territoriales de simplificar los procedimientos, a fin de que aplicaran procedimientos tributarios equitativos para los administrados, que sean eficaces para la administración y susceptibles de adecuarse a las connotaciones propias de la materia tributaria a cargo de estas entidades. Es importante precisar que el artículo 59 *ibídem* es una norma de carácter procesal, por cuanto establece el procedimiento que deben aplicar las entidades territoriales, y seguir los administrados, para hacer efectivos los derechos sustanciales. Por consiguiente, dada su naturaleza instrumental es de orden público, de obligatorio cumplimiento y de aplicación inmediata. Bajo ese contexto, las entidades territoriales tenían la obligación de aplicar el artículo 59 de la Ley 788 de 2002 a partir de la vigencia de esa ley, esto es, el 27 de diciembre de 2002. Como en el presente caso el acto administrativo recurrido (Resolución No. 004 de 2003) se expidió el 22 de enero de 2003, cuando ya se encontraba vigente el artículo 59 *ibídem,* es claro que el Municipio de Neiva debía aplicar el procedimiento tributario de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 788 de 2002. En el *sub examine*, el Municipio de Neiva aplicó el artículo 416 del Decreto 96 de 1996, el cual establece que *el contribuyente o declarante podrá hacer uso del recurso de reconsideración, por escrito,* ***dentro del mes siguiente a la notificación del acto de la administración***. Obsérvese que esta norma disminuyó a un mes el plazo para interponer el recurso de

reconsideración dispuesto por el artículo 720 del Estatuto Tributario, el cual contempla el término de 2 meses. Por tanto, esta normativa se encuentra acorde con el artículo 59 de la Ley 788 de 2002 que le permitía disminuir los términos de los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional. Es importante precisar que si bien esta norma se expidió en el año de 1996, es decir, con anterioridad a la Ley 788 de 2002, ello no obsta para que sea aplicada por la entidad territorial, pues como se verificó anteriormente, su contenido es compatible con lo dispuesto en el artículo 59 de la mencionada ley. Es cierto que con la Ley 383 de 1997 los municipios debían aplicar el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario Nacional, y si bien, ésta ley hizo inaplicable durante su vigencia al artículo 416 del Decreto 96 de 1996 (Estatuto Tributario del Municipio de Neiva), con la expedición de la Ley 788 de 2002, que produjo unas modificaciones en la regulación existente en la materia, esta norma surtió nuevamente efectos y resulta totalmente aplicable al procedimiento tributario territorial. Por las anteriores razones, no era necesario que la entidad territorial expidiera un acuerdo en el que adoptara de manera expresa las medidas establecidas en el artículo 59 *ibídem,* por cuanto dentro de su ordenamiento ya existía el artículo 416 del Decreto 96 de 1996, que se encuentra bajo los parámetros establecidos en la nueva normativa, razón por la cual debía ser aplicado para efectos de establecer el término de presentación del recurso de reconsideración. Teniendo en cuenta que el artículo 416 del Decreto 96 de 1996 establece que el término de un mes para interponer el recurso de reconsideración empieza a contar *desde la notificación del acto de la Administración,* este se cuenta a partir del 24 de enero de 2003, y finalizó el 24 de febrero siguiente (lunes). Así las cosas, comoquiera que el recurso de reconsideración se interpuso el 26 de febrero de 2003, es evidente que se presentó en forma extemporánea, y que el auto inadmisorio del recurso se ajustó a derecho, razón por la cual no es procedente emitir un pronunciamiento de fondo sobre los actos acusados. En los anteriores términos, la Sala encuentra que falta el presupuesto procesal del agotamiento de la vía gubernativa, el cual no es subsanable".

Sentencia de 9 de agosto de 2012, Exp. 41001-23-31-000-2003-00894-01(18193), M.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Con salvamento de voto de la doctora Martha Teresa Briceño de Valencia.

8. a. La Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga no estaba facultada para fijar la tarifa de la contribución por valorización del proyecto de canalización de la Quebrada La Iglesia en los municipios de Bucaramanga y Girón, hasta tanto el Congreso de la República no señale el sistema y el método para definir los costos y beneficios y la forma de hacer el reparto de la contribución. Reiteración jurisprudencial.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander, que negó la nulidad de los actos administrativos que distribuyeron la contribución por valorización del mencionado proyecto, la Sala la revocó y, en su lugar, anuló tales actos y, a título de restablecimiento del derecho, declaró que la actora no adeudaba suma alguna por dicho tributo y dispuso que se le devolviera lo que hubiera pagado por ese concepto más los intereses, por cuanto consideró que la corporación autónoma demandada no tenía competencia para expedir los actos acusados, dado que, de acuerdo con la sentencia C-155 de 2003 de la Corte Constitucional, ninguna autoridad administrativa del orden nacional tiene competencia para fijar la tarifa de la contribución por valorización hasta tanto el Congreso de la República señale el sistema y el método para que puedan hacerlo.

Extracto: "[…] la Sala puntualizó que la competencia para distribuir la contribución no surge del numeral 25 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993, porque éste no determina expresamente el sistema ni el método para definir los costos y beneficios de la contribución de valorización, ni menos aún la forma de hacer su reparto; no obstante la inminente necesidad de que existan directrices técnicas y limitaciones que garanticen a los contribuyentes certidumbre sobre la forma en que se calcula y cobra la tarifa de la tasa o contribución.

Tal conclusión, plasmada en la sentencia proferida el pasado 19 de abril, dentro del expediente 18364, se fundamentó en el examen de la potestad impositiva en cuanto atañe a la fijación del sistema y del método para definir los costos y beneficios de las contribuciones, así como de la forma de hacer su reparto.

En ese sentido, se advirtió que la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga es una persona jurídica pública autónoma del orden nacional, a la que podía aplicársele la ratio decidendi de la sentencia C- 155 de 2003, según la cual, ninguna autoridad administrativa del orden nacional puede fijar la tarifa de la contribución por valorización hasta tanto el Congreso de la República señale el sistema y el método para que aquélla pueda hacerlo".

b. El acto que distribuye la contribución de valorización es de carácter general, pero, en lo que atañe a la asignación directa e individual del gravamen, tiene naturaleza particular y, como tal, su examen de legalidad procede mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Extracto: "Los Acuerdos 865 y 866 del 13 de julio de 1998, que, en su orden, adoptan el Estatuto del Sistema de la Contribución de Valorización y decretan dicho tributo respecto del Proyecto "Canalización Quebrada La Iglesia", en los Municipios de Bucaramanga y Girón del Departamento de Santander, son actos administrativos de carácter general enjuiciables a través de la acción de nulidad simple prevista en el artículo 84 del CCA., como de hecho lo constatan las causas tramitadas en los procesos 10161 y 15872, fallados por las sentencias del 29 de agosto del 2002 y el 4 de septiembre del 2008, respectivamente. De acuerdo con ello y tal como lo concluyó el a quo, considera la Sala que la excepción propuesta no tiene vocación de prosperidad, pues si bien la Resolución 000640 del 16 de julio del 2003 es de tipo general en cuanto distribuye la contribución, en lo que atañe a la asignación directa e individual que hace a la demandante tiene naturaleza particular y, como tal, su examen de legalidad se hace mediante la acción particular de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada. De cara al numeral 2 del artículo 82 del CPC, el hecho de que dicha resolución se integre al acto general creador del gravamen para conformar la voluntad compleja que faculta la exigibilidad del mismo, no hace procedente la demanda conjunta que sugiere el excepcionante".

Sentencia de 1° de noviembre de 2012, Exp. 68001233100020040018801(17683), M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

9. a. El acuerdo de reestructuración suscrito entre una empresa y sus acreedores, entre estos la DIAN, no es el medio probatorio idóneo para demostrar los pasivos, máxime cuando la contribuyente no presenta las pruebas sobre la existencia y la clase de tales pasivos dentro del proceso de determinación y discusión del tributo respecto del periodo gravable investigado.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda, que negó la nulidad de los actos administrativos por los que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios de la sociedad actora por el año gravable 2001, la Sala la confirmó, por cuanto consideró que tales actos se ajustaron a la legalidad, en razón de que durante el proceso de fiscalización y, dada su calidad de comerciante, la contribuyente no presentó la contabilidad, junto con los soportes internos y externos, razón por la cual la DIAN estaba facultada para rechazarle los pasivos y determinar el impuesto por el sistema de comparación patrimonial, como en efecto lo hizo en los actos acusados.

Extracto: "Conforme con el parágrafo del artículo 283 del Estatuto Tributario para reconocer las deudas de los contribuyentes obligados a llevar contabilidad, los pasivos deben estar respaldados por documentos idóneos y con el lleno de todas las formalidades exigidas para la contabilidad. Por su parte, el artículo 770 del mismo estatuto, dispone que los contribuyentes que no estén obligados a llevar libros de contabilidad, sólo podrán solicitar pasivos que estén debidamente respaldados por documentos de fecha cierta. En los demás casos, los pasivos deben estar respaldados por documentos idóneos y con el lleno de todas las formalidades exigidas para la contabilidad. A su turno, el artículo 771 ibídem establece que el incumplimiento a la norma anterior, acarreará el desconocimiento del pasivo. […] Para la Sala, ante el cuestionamiento de la Administración Tributaria, la demandante debió desvirtuar las inconsistencias advertidas con pruebas idóneas, sin embargo, pretende demostrar los pasivos mediante el acuerdo de reestructuración suscrito el 11 de mayo de 2001, en los términos y formalidades contempladas en la Ley 550 de 1999. Pues bien, la Ley 550 de diciembre 30 de 1999, conocida como Ley de Intervención

Económica y Reestructuración Empresarial, se expidió con el propósito de lograr que las empresas (*publicas o privadas, con excepción de las vigiladas por la Superintendencia Financiera*) que tuvieran dificultad para el cumplimiento de sus acreencias, en lugar de llegar al concordato o a la liquidación obligatoria, pudieran lograr un acuerdo con los titulares de tales acreencias, reestructurando los plazos para la cancelación de sus pasivos y de esa forma, conseguir un alivio en el cumplimiento de sus deudas. El artículo 5° de la mencionada ley definió el acuerdo de reestructuración como la convención que se celebra a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo. Para el desarrollo de la negociación y, en particular, para la determinación de los derechos de voto de los acreedores externos e internos y de las correspondientes acreencias, el representante legal del empresario entregará al promotor un estado de inventario elaborado con base en los estados financieros ordinarios o extraordinarios del empresario o ente económico respectivo, cortados al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de solicitud de la promoción por parte del empresario, o de la iniciación de la negociación en los demás casos, y pondrá a su disposición todos los libros, papeles y documentos que le sirvan de soporte. La negociación de un acuerdo de reestructuración constituye un mecanismo por medio del cual se pretende normalizar el pasivo de la entidad deudora mediante la celebración de un acuerdo con sus acreedores. Lo anterior, significa que todas las obligaciones causadas con anterioridad a la fecha en que comenzó la negociación serán objeto del arreglo y en el acuerdo, que finalmente se suscriba, se debe estipular la forma cómo se pagarán todos y cada uno de los créditos a cargo de la deudora. Es obligatorio que en los referidos acuerdos se establezca la prelación, plazos y condiciones en los que se pagarán la totalidad de las acreencias anteriores a la iniciación de su negociación, así como las que surjan con base en lo pactado en el mismo. Evidencia la Sala que el contribuyente aportó el acuerdo de reestructuración de fecha 11 de mayo de 2001, del cual no se puede determinar el origen y la existencia de los pasivos para el año gravable 2001, como lo exige la normativa tributaria, pues solo se advierte lo siguiente: *"CLASE Y NOMBRE DEL ACREEDOR, VALOR DE LA ACREENCIA, NUMERO DE VOTOS, % DEL TOTAL (…)"*; además, no se aportan los comprobantes externos que respalden las acreencias, así como tampoco el inventario, los libros, los papeles y documentos que le sirvieron de soporte, como lo exige la Ley 550 de 1999, por lo tanto, no es el elemento probatorio idóneo para demostrar los pasivos. Para la Sala, el rechazo de los pasivos por parte de la DIAN se ajustó a derecho, toda vez que conforme con el artículo 770 del Estatuto Tributario, cuando los contribuyentes estén obligados a llevar libros de contabilidad deben respaldar los pasivos con documentos idóneos y con el lleno de todas las formalidades exigidas para la contabilidad, es decir, deben estar respaldados con comprobantes internos y externos con los cuales se pueda determinar el tipo de pasivo y la existencia del mismo para el periodo gravable investigado. Teniendo en cuenta la obligación del contribuyente de llevar contabilidad, de conformidad con los artículos 10, 13 y 20 del Código de Comercio, era necesario acreditar la existencia de los pasivos declarados con documentos idóneos y que hicieron parte del acuerdo de reestructuración, como así no lo hizo, procedía su rechazo ya que para la acreditación de los mismos, el legislador estableció una prueba específica como es la documental, de tal suerte que si ésta no existe o es insuficiente, no puede ser apreciada y, por tanto, la deuda se tendrá como no demostrada".

b. Si bien los acuerdos de reestructuración, celebrados de conformidad con la Ley 550 de 1999, son obligatorios respecto de las partes que lo suscriben y por las acreencias relacionadas en ellos, no impiden que la DIAN, en ejercicio de su función fiscalizadora -que nunca se suspende-, establezca la realidad de tales acreencias respecto de las declaraciones tributarias presentadas con posterioridad a dichos acuerdos

Extracto: "En cuanto a la afirmación de la demandante en el sentido de que el acuerdo de reestructuración es conocido por todos los acreedores y obligatorio para las partes, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 550 de 1999, la Sala precisa que el acuerdo es obligatorio respecto de las partes que lo suscriben y por las acreencias relacionadas en él; lo anterior no impide que la DIAN establezca la realidad de dichas acreencias, actividad propia de su función fiscalizadora, en relación con la declaración tributaria presentada por la actora, con posterioridad al acuerdo, por el ejercicio fiscal 2001. De otra parte, y de conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 14 de la Ley 550, a partir de la fecha de iniciación de la negociación, y hasta que hayan transcurrido los cuatro (4) meses previstos en el artículo 27 de la referida ley, no podrá iniciarse ningún proceso de ejecución contra el empresario y se

suspenderán los que se encuentren en curso, por lo tanto, ningún acreedor puede llegar a satisfacer sus acreencias por fuera del escenario del acuerdo de reorganización. En ese contexto, la única obligación de la DIAN, respecto del acuerdo, es la imposibilidad de iniciar proceso de cobro coactivo frente a las acreencias presentadas y aprobadas en el mismo, en ningún caso será la de suspender su función fiscalizadora; es decir, sólo obliga para los efectos de cobro y prelación de los créditos, mas no para el reconocimiento o no de la existencia de pasivos como tales. Y esto tiene pleno sentido si observamos cual es la finalidad del acuerdo de reestructuración: corregir deficiencias operativas y atender obligaciones financieras con el fin de lograr la recuperación en un plazo determinado. Este restrictivo alcance del acuerdo, no excluye en absoluto, las atribuciones de fiscalización de la DIAN, la cual a su vez, participa en el acuerdo en calidad de acreedor, pero conserva, para todos los efectos, su condición de ente fiscalizador tributario para garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias".

Sentencia de 1° de noviembre de 2012, Exp. 66001233100020080034001 (18541), M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

SECCIÓN QUINTA

1. Se confirma sentencia de primera instancia que negó la nulidad de la elección del diputado a la Asamblea Departamental del Atlántico Juan Jacobo Manota Roa.

Así lo determinó la Sala al examinar que la inhabilidad que se le imputó al demandado estaba prevista en normas internas del partido político y no en la Constitución o en la Ley. Para la mayoría de los integrantes de la Sala los estatutos de un partido o movimiento político no pueden establecer o extender el régimen inhabilidades de los servidores públicos elegidos popularmente, ni su posible transgresión vicia el acto de elección.

Extracto:" Considera el actor que con la modificación del artículo 107 de la Constitución Política por parte del Acto Legislativo 01 de 2009, en concreto de los incisos 3 y 4, así como del artículo 1 de la Ley 1475 de 2011 puede generar nulidad de la elección la transgresión de las normas de los partidos políticos para obtener avales, en este caso, la vulneración de las inhabilidades previstas por el propio partido Social de Unidad Nacional. Para resolver la controversia que se plantea, es menester precisar que el inciso segundo del artículo 299 de la Constitución Política previó que "El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda." En cumplimiento del mandato referido con anterioridad, el Legislador en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000 reguló de manera expresa el régimen de inhabilidades de los diputados. Las normas citadas por el actor de manera alguna extienden el régimen de inhabilidades de los diputados, no prevén causales de nulidad electoral, simplemente enuncian los principios para la organización y el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, sin que este prevista sanción por su incumplimiento. Ahora, si bien los partidos y movimientos políticos pueden en su ámbito de libertad establecer requisitos para sus militantes o sus candidatos, dicha facultad no puede equipararse con la del Legislador de prever un régimen de inhabilidades cuya transgresión comporte la nulidad de la elección, máxime cuando en el plenario no existe afirmación o prueba de que el partido hubiere iniciado gestión alguna para revocar el aval del demandado. Según el artículo 107 de la Carta, los partidos y movimientos deben responder por avalar a los elegidos en cargos o Corporaciones Públicas que hayan sido o fueren condenados durante el ejercicio del cargo, pero tal situación está limitada únicamente cuando se trate de la comisión de delitos "relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad." El valor o rango normativo de las normas internas de los partidos "no es el de una norma de índole legal o constitucional de forma que su desconocimiento no tiene la virtualidad de configurar la causal consagrada en el numeral quinto del artículo 223 del C.C.A." Además, "los estatutos de un partido político no tienen prevalencia frente a la Constitución ni a la Ley y, por ende, sus disposiciones no se aplican preferentemente frente a la normativa superior que fija el régimen de inhabilidades para los diputados"; por consiguiente las normas dictadas por las propias organizaciones políticas no son vinculantes de manera general a todos los ciudadanos."

Sentencia de 31 de enero de 2013, Exp. 08001233100020110148301, M.P. MAURICIO TORRES CUERVO.

*** Con aclaración de voto de la Dra. Susana Buitrago Valencia.**

2. Tratándose de doble militancia política, la Ley 1475 de 2011 no es aplicable a las elecciones realizadas el octubre de 2011 porque ya se había iniciado la etapa preelectoral.

Así lo determinó la Sala al decidir el recurso de apelación que formuló el actor contra la sentencia del 28 de agosto de 2012 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que negó las pretensiones de la demanda por considerar que el señor Tapia Buendía incurrió en doble militancia por apoyar un candidato a la alcaldía municipal de Arjona, que se encontraba avalado por un partido político diferente por el cual el demandado se inscribió y resultó electo como diputado a la Asamblea Departamental de Bolívar, período 2012-2015.
a. Alcance de la doble militancia política en las elecciones de 2011.

Extracto. "La doble militancia en el ordenamiento jurídico colombiano tiene su génesis en el Acto Legislativo 01 de 2003, que modificó el artículo 107 de la Constitución Política, al prever que en ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica. Dicho acto también dispuso que quien participara en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podía inscribirse por otro en el mismo proceso electoral. Así, la doble militancia surgió con la finalidad de fortalecer a los partidos y movimientos políticos como representantes de la sociedad, garantizando su disciplina y actuación coordinada en un nuevo régimen de bancadas. Posteriormente, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2009, además de reiterarse las citadas prohibiciones, se añadió que quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, debería renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones. En el parágrafo 2º del artículo 1º Acto Legislativo también se previó que el legislador, mediante la respectiva ley estatutaria, desarrollara este asunto. En cumplimiento de dicho mandato, se expidió la Ley 1475 del 14 de julio de 2011. Es importante tener en cuenta que el legislador estatutario extendió el ámbito de aplicación de la figura de la doble militancia, pues eliminó la expresión que imponía que el partido o movimiento político debía contar con personería jurídica, que venía desde el Acto Legislativo 01 de 2003. En consecuencia, dispuso que "…En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político". Sobre el particular, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-490 de 2011, al revisar la constitucionalidad del citado artículo, determinó que "el legislador estatutario puede incorporar una regulación más exigente o extensiva respecto a la prohibición de doble militancia" y, por ende, extendió la prohibición a las agrupaciones políticas sin personería jurídica. Empero, la Sala anticipa que el presente caso no se gobierna por las reformas que introdujo la Ley 1475 de 2011, pues si bien esta norma entró en vigencia el 14 de julio de 2011 (antes de los comicios que tuvieron lugar el 30 de octubre de ese mismo año), es lo cierto que gran parte de sus disposiciones no fueron aplicables debido a que la etapa preelectoral ya se encontraba en marcha y varias actuaciones (entre otras, la inscripción de candidatos) habían iniciado. Asimismo, tampoco podía exigirles a los ciudadanos que entendieran la figura de la doble militancia bajo la óptica que utilizó la Corte Constitucional en la sentencia C- 490 de 2011, pues el texto anterior de la Constitución Política, se reitera, impedía que se inscribieran por un nuevo partido o movimiento político, pero con personería jurídica."

b. De ahora en adelante la inscripción irregular por desconocer la norma que consagra la prohibición de la doble militancia, traslada tal irregularidad al acto de elección

Extracto: "Si bien el Acto Legislativo 01 de 2003, al modificar el artículo 107 de la Constitución Política, no precisó una consecuencia en concreto frente a quien haya sido elegido habiendo incurrido en la prohibición de doble militancia, es claro que el Constituyente de forma enfática prescribió que quien participe en las consultas de un partido o movimiento político no podría inscribirse por otro en el mismo certamen electoral. El simple hecho de que se prohíba la inscripción a quien se encontrase en esta situación, pone de presente que el constituyente no fue ajeno al hecho de que a la figura de la doble militancia se le atribuyera determinada consecuencia jurídica. La Sala deja sentado que replantea la

concepción que traía sobre las consecuencias de la doble militancia frente a la validez del acto de elección y adopta una nueva visión sobre el verdadero significado de esa norma, a fin que cumpla la teleología para la cual fue prevista, esto es, el fortalecimiento y robustecimiento de los partidos y movimientos políticos, y que se garantice la disciplina que se predica de estas organizaciones políticas, respecto de quienes han sido elegidos con su aval y respecto de los electores que confiaron en el desarrollo del programa y que apoyaron con su voto una determinada orientación política. En este orden de ideas, los eventos o situaciones de prohibición para inscribirse que prevé el Acto Legislativo 01 de 2003, implican, entonces, a contrario sensu, que quien hace caso omiso a esas limitantes, se inscribe irregularmente al contrariar norma superior expresa al respecto y la traslada al acto de elección, que, por ende, nace a la vida jurídica viciado, pues tuvo como origen una inscripción no autorizada. Porque, a través del trámite de la inscripción de candidaturas se da comienzo al proceso administrativo electoral, que se consolida con la declaración de la correspondiente elección. Empero, si esta última está antecedida de una fase que se adelantó de forma irregular, quiere decir que el acto de elección surgió con un vicio insaneable y que, por tal razón, no puede permanecer en el ordenamiento jurídico por contradecir la Constitución Política. Aunado a lo anterior, es trascendental poner de presente que el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, además de extender la doble militancia a cuando la inscripción se efectúe por un partido o movimiento político sin personería jurídica, asigna una consecuencia jurídica concreta a quien incumpla tal previsión, cuando expresamente señala que ésta será causal de revocatoria de la inscripción. Tal efecto jurídico de la doble militancia (como causal de revocatoria de la inscripción) tiene pleno traslado al campo del contencioso electoral, pues se traduce en que el acto de elección se expidió irregularmente por tener origen en inscripción inconstitucional e ilegal."

Sentencia de 7 de febrero de 2013, Exp. 13001233100020120002601, M.P. SUSANA BUITRAGO VALENCIA.

Con aclaración de voto del Dr. Mauricio Torres Cuervo.

3. Se declara infundado el impedimento manifestado por el consejero doctor Mauricio Torres Cuervo para conocer de la demanda de nulidad electoral en contra del acto de elección del Procurador General de la Nación.
Así lo determinó la Sala en razón a que el acto enjuiciado –de elección- es distinto de aquel mediante el cual el Consejo de Estado, ternó otro candidato a Procurador.

Extracto: "Siendo los argumentos del impedimento presentado por el H. Consejero Torres Cuervo, los mismos que determinarían la incompetencia de la Corporación para conocer y tramitar la demanda contra la elección del Sr. Procurador, procederá la Sala a declararlo infundado con respaldo en las siguientes razones: 1. Porque el acto enjuiciado es distinto de aquel mediante el cual el Consejo de Estado, ternó como candidato a Procurador al Dr. Orlando Gómez Gallo. Por mandato Constitucional, quienes tienen el deber de realizar la integración de la terna de la que se hará la elección del Procurador General de la Nación, son el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Así, corresponde a cada entidad la designación de un candidato que cumpla con los requisitos establecidos para el cargo mencionado. La integración de la terna corresponde entonces a una etapa anterior a la de la elección final, en donde el acto administrativo por medio del cual se terna no es sino un mero acto de trámite, que cumple la función de encaminar e impulsar el trámite a efectos de concretar una decisión final, en este caso, la elección del Procurador. De ahí, que el acto susceptible de ser demandado sea precisamente el acto final, esto es, el que expidió el Senado de la Republica en ejercicio de sus funciones constitucionales y no cada acto expedido por la autoridad o entidad competente para contribuir con la decisión final. De manera tal que, si bien el Honorable Consejero participo en la expedición de un acto, éste resulta independiente de aquel que contiene la elección del demandado. Por lo anterior, es que el artículo 149, numeral 4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que corresponde al Consejo de Estado conocer de las nulidades de las elecciones o nombramientos hechos, entre otros, por el Congreso de la República, sus Cámaras y sus Comisiones. 2. Aceptar la tesis contraria, sería tanto como afirmar que no existe juez competente en Colombia para conocer de la demanda electoral contra la elección del Procurador General de la Nación y, con ello, que contrario a lo que se establece en un Estado Social de Derecho, existan actos exentos de control. Si se acepta que el doctor Torres Cuervo está impedido para conocer del asunto por encontrarse incurso en la

causal de impedimento previamente citada, tal conclusión conllevaría, automáticamente, a cuestionar la competencia del Consejo de Estado pues fue ésta la Corporación que ternó al candidato Gómez Gallo y, bajo tal raciocinio, sería necesario dar aplicación al parágrafo 1 del artículo 149 del C.P.A.C.A de conformidad con el cual "la Corte Suprema de Justicia conocerá de la nulidad contra los actos de elección y nombramiento efectuados por el Consejo de Estado". Pues bien, esta entidad estaría igualmente impedida para conocer de la demanda toda vez que igualmente ternó al Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, candidato este que, el pasado 27 de noviembre de 2012, fue elegido por el Senado de la República como Procurador General de la Nación. Bajo el escenario descrito, no habría en el país juez competente para conocer del asunto. Así, en consideración a que el acto que se enjuicia es uno distinto del expedido por el Consejo de Estado y toda vez que con la demanda no se busca reprochar la actuación de esta Corporación, se declarará infundado el impedimento manifestado por el Consejero Mauricio Torres Cuervo y se dispondrá la devolución del expediente a su Despacho".

Auto de 7 de febrero de 2013, Exp. 11001032800020120007300, M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO.

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. La Comisión Nacional del Servicio Civil es competente para realizar la Convocatoria Pública que tiene como propósito proveer por concurso de méritos los empleos de carrera administrativa de las contralorías territoriales que se encuentran en vacancia definitiva hasta tanto el Congreso de la República expida una ley especial que regule la materia, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2° del artículo 3° de la 909 de 2004.

Así lo estableció la Sala al modificar el criterio que había adoptado en el concepto del 26 de marzo y 21 de mayo de 2009, radicación número 1948, pues concluyó que compete a la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC extender su campo de acción a las Contralorías Territoriales, mientras la ley expide el régimen especial de carrera administrativa para las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales

Extracto: De conformidad con el artículo 267, 268 numeral 10, y 272 de la Constitución Política, la ley debe determinar un régimen especial de carrera administrativa para las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales. Mientras la ley no lo haga, como en efecto ha ocurrido hasta el presente, la ley 909 de 2004 prevé que sus disposiciones se aplicarán al personal de dichas Contralorías, provisionalmente y mientras se expiden las normas de esta carrera especial. Así las cosas, si bien es cierto que la administración y vigilancia del sistema especial de carrera administrativa es competencia de las mismas Contralorías Territoriales por disposición constitucional, también es cierto que, mientras se expide la ley especial, la ley 909 de 2004 dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC pueda extender su campo de acción a las Contralorías Territoriales con el propósito de salvaguardar los fines esenciales del Estado y propender por la eficiencia en la gestión del mismo. En atención a las razones expuestas la Sala de Consulta y Servicio Civil modifica el criterio que había adoptado en el concepto del 26 de marzo y 21 de mayo de 2009, radicación número 1948. Debiéndose aplicar a los servidores públicos de las contralorías territoriales las normas de la ley 909 de 2004, se tiene que, en relación con la competencia que específicamente ha dado lugar al conflicto en estudio, el artículo 11 de dicha ley, relativo a *Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa*, faculta a dicha Comisión para: "c) Elaborar las convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos de carrera, de acuerdo con los términos y condiciones que establezcan la presente ley y el reglamento"

Decisión de 27 de febrero de 2013, Exp. 11001-03-06-000-2012-00082-00, M.P. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA.

2.-La Superintendencia de Notariado y Registro puede llevar a cabo las operaciones necesarias para adelantar los procesos de selección o concurso de los cargos de carrera de la misma siempre y cuando estén de acuerdo con los lineamientos, parámetros y asignaciones señalados y definidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Así lo estableció la Sala al declarar competente a la Superintendencia de Notariado y Registro para efectuar dichos procesos de selección siempre y cuando como ya lo había señalado en el Concepto 2070 de 2 de marzo del 2012 se entienda que las facultades de administración otorgadas por los Decretos 775 y 2929 de 2005 sean ejercidas por las Superintendencias de acuerdo con lineamientos, parámetros y asignaciones señalados y definidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Extracto: La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pasa a resolver el conflicto positivo de competencias suscitado entre la Superintendencia de Notariado y Registro y la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC, con el fin de obtener un pronunciamiento acerca de cuál de las dos entidades es competente para adelantar los procesos de selección o concurso de los cargos de carrera administrativa en la Superintendencia de Notariado y Registro. Se observa que la Corte Constitucional, acudiendo a la figura de la sentencia integradora aditiva, declaró exequible el artículo 4o. de la Ley 909 de 2004 y su numeral 3o., en el entendido de que sin ninguna excepción y con carácter obligatorio, los sistemas especiales de origen legal, llamados por el legislador sistemas específicos de carrera administrativa, debían ser administrados y vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Lo anterior permite concluir que el decreto ley 775 de 2005 y el decreto reglamentario 2929 del mismo año concuerdan, con la adición normativa de la sentencia C-1230 de 2005, siempre y cuando, como lo señaló la Sala en concepto 2070 de 2 de marzo de 2012, se entienda que las facultades de administración otorgadas por estos, sean ejercidas por las autoridades allí señaladas –Superintendencias-, de acuerdo con los lineamientos, parámetros y asignaciones dados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Sala no encuentra contradicción entre los planteamientos de la Corte y las disposiciones legales que regulan los sistemas específicos de carrera administrativa de las superintendencias de la administración pública nacional, razón por la cual la Superintendencia de Notariado y Registro puede llevar a cabo las operaciones necesarias para adelantar los procesos de selección o concurso de los cargos de carrera de la misma siempre y cuando tenga en cuenta las pautas y criterios definidos por la Comisión.

Decisión de 14 de febrero de 2013, Exp. 11001-03-06-000-2013-00006-00, M.P. LUÍS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO.

NOTICIAS DESTACADAS

Los abogados Martha Lucía Zamora Ávila, Alberto Rojas Ríos y Alejandro Linares Cantillo integran la terna de la que saldrá el nombre del nuevo magistrado de la Corte Constitucional que remplazará a Humberto Sierra Porto, que dejó la Corporación por periodo cumplido.

La lista de preseleccionados la conformó la Sala Plena del Consejo de Estado en su sesión del pasado 6 de marzo.

Martha Lucía Zamora Ávila es abogada especialista en Ciencias Penales de la Universidad Externado de Colombia, con un posgrado en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca y magister en Derecho Penal.

Alberto Rojas Ríos es abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Constitucional, Administrativo y procesal de la Universidad del Rosario y Santo Tomás, actualmente adelanta una maestría en Derechos Humanos, Democracia y Justicia en la Universidad de Valencia (España).

Alejandro Linares Cantillo es abogado de la Universidad de los Andes, magister en Derecho de la Universidad de Harvard, especialista en Finanzas y actualmente cursa estudios de doctorado en Derecho en la Universidad Externado.

CONSEJO EDITORIAL

ALFONSO VARGAS RINCÓN
Presidente
MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Vicepresidenta

Sala de Gobierno

Marco Antonio Velilla
Presidente Sección Primera
Luis Rafael Vergara Quintero
Presidente Sección Segunda
Hernán Andrade Rincón
Presidente Sección Tercera
Carmen Teresa Ortiz
Presidenta Sección Cuarta
Susana Buitrago Valencia
Presidenta Sección Quinta
William Zambrano
Presidente Sala de Consulta

Reseña fallos

Alie Rocío Rodríguez Pineda
Relatora Acciones Constitucionales

Ramiro Alonso Sandoval
Relatora Sección Primera

Gloria Cristina Olmos y José Orlando Rivera
Relatores Sección Segunda

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

Magaly Santos Murillo
Relatora Sección Cuarta

Jacquelín Contreras
Relatora Sección Quinta

Jorge Alejandro Vargas
Relator Sala de Consulta

Coordinación General

- Camilo Bayona Espejo
Secretario Privado de Presidencia
Teléfono: (1) 3506700 Ext. 2052

Jefe de prensa

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