



**REPÚBLICA DE
COLOMBIA**

**BOLETÍN
NOVIEMBRE
DICIEMBRE
2016**

El Tribunal Informa



CONTENIDO	Pag.
PRESENTACIÓN	1
SALA PLENA	2
SECCIÓN PRIMERA	4
SECCIÓN SEGUNDA	7
SECCIÓN TERCERA	23
SECCIÓN CUARTA	45
NOTICIAS DESTACADAS	54
EDICIÓN Y PUBLICACIÓN	59

El Tribunal Informa, es un medio de difusión de las principales providencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuyo objetivo es la divulgación institucional de las interpretaciones jurídicas dadas por los magistrados de la Corporación en casos particulares, y a su vez, es una forma de rendición de cuentas de las decisiones adoptadas por el Tribunal en el ámbito de sus competencias, con la finalidad de fortalecer la cultura de la legalidad a través del conocimiento, permitir el control social de las decisiones, la visualización de los salvamentos y aclaraciones de voto como expresión democrática; reivindicando la legitimidad de la jurisdicción contencioso administrativa en un proceso de construcción colectiva de la justicia.

Desde luego, las providencias son reflejo de la contingencia y limitación humana y por eso no constituyen la última palabra, sólo son una apuesta por alcanzar un grado de civilidad en un escenario de razón pública.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA



SALA PLENA



AUTO / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA DECISIÓN ADMINISTRATIVA / INSUBSISTENCIA / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD – Procedencia del recurso de apelación en autos - Rechazo por improcedente

Síntesis del caso: Se centra en determinar, la procedencia del recurso de alzada contra auto que declaró insubsistente el cargo de Profesional Universitario, con ocasión del nombramiento en propiedad de quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles.

Extracto: en lo referente a la procedencia del recurso de apelación advirtió el Juez que “*si bien en principio se asumió por parte del Consejo de Estado, que los funcionarios judiciales en materia de decisiones administrativas no tenían superior jerárquico, dicho criterio fue modificado a través de los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, expresando que en este tema el superior jerárquico, corresponde al mismo jurisdiccional, lo que indica que la segunda instancia de las decisiones administrativas, corresponden al superior funcional de cada despacho, quien en estos temas se convierte en superior jerárquico*”. (...) **1. Sobre la procedencia del recurso de apelación en el caso de autos.** Sea lo primero indicar, que en los artículos 150 y siguientes de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la Administración de justicia, no se dispone la procedencia de recursos en contra de la decisión del nominador de retiro por declaratoria de insubsistencia de un servidor de la rama judicial. Además, el artículo 75 del CPACA sobre la interposición de recursos en la vía administrativa, señala: “*Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa*”. Cabe precisar que en el caso de autos, se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, contra la decisión de declaratoria de insubsistencia en el cargo de Profesional Universitario Grado 16 perteneciente al Juzgado Único Administrativo de Leticia, acto administrativo que por su naturaleza es de ejecución, tal como ha señalado la jurisprudencia, al señalar que: “... **los actos de insubsistencia no se notifican, son actos de ejecución.** En esas condiciones, carece de sentido examinar los defectos que pudieran haberse presentado en el trámite adelantado para informar al actor acerca de su retiro (...)”. (Negrilla fuera del texto). (Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “A” – C.P: Alberto Arango Mantilla, (15 de agosto de 2002, Radicación: (1635-01). En este orden de ideas, considera la Sala que el acto administrativo de insubsistencia proferido por el Juez Único Administrativo de Leticia, al tener la calidad de acto de ejecución, no es susceptible de los recursos establecidos en el Capítulo VI del CPACA. De igual manera debe tenerse en cuenta que, en el pronunciamiento del cual se aparta el Juez Único Administrativo de Leticia, el H. Consejo de Estado señaló que: “... el acto de calificación insatisfac-



SALA PLENA

toría de los empleados, que es el caso al que se contrae el presente asunto, no obstante ser de trámite admite recurso por cuanto existe norma especial que así lo dispuso. Pero debe entenderse que el único recurso procedente es el de reposición habida cuenta de que el juez, no tiene superior jerárquico administrativo, como adelante se verá. (Subraya la Sala).(…)Para la Sala, de las disposiciones transcritas no se evidencia que la ley o el reglamento hayan señalado en quien recae la competencia funcional administrativa de los actos administrativos expedidos por los jueces, ni tampoco de las mismas se deduce que las Salas del Tribunal Superior o la Administrativa de los Consejos Seccionales de la Judicatura, por permitirselo la ley, puedan impartirle órdenes administrativas a aquellos, lo cual, en últimas, es lo que identifica o caracteriza la superioridad jerárquica, conforme se dejó precisado en la providencia de la Sala Plena de 20 de marzo de 2001, dictada dentro del expediente DIS-004, con ponencia del Consejero doctor Nicolás Pájaro Peñaranda.” (Negrilla fuera de texto) Conforme a lo expuesto, en el presente caso el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución 012 de 22 de noviembre de 2016, no solo resulta improcedente por no estar contemplada su interposición en la Ley, sino porque a la luz del pronunciamiento citado en precedencia, el cual comparte la Sala, en materia de asuntos administrativos de los Despachos judiciales este Tribunal no tiene la calidad de superior jerárquico administrativo del Juez, máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso, se discute una decisión adoptada en ejercicio de la facultad nominadora del mismo, la cual es autónoma y no permite revisión por medio del recurso de alzada. Por último, es del caso precisar, que si bien el Juez basa su decisión de conceder la apelación, en dos pronunciamientos de la Sala de Consulta de Servicio Civil, los mismos no resultan aplicables al caso de autos, toda vez que en éstos, la Sala de Consulta hace referencia a la calidad de superior jerárquico que en materia administrativa tienen los Tribunales Administrativos, pero solamente en lo que tiene que ver con las diferentes situaciones administrativas en que se ven inmersos los jueces, esto es, su designación, permisos, comisiones de servicio, etc., mas no indica que el Tribunal sea el superior administrativo en lo referente a las decisiones que profiere el funcionario en ejercicio de la función nominadora o de administración de su Despacho”.

AUTO DEL 06 FEBRERO DE 2017, Exp. 250002342000-2016-05973-00, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION B, MP. Dra. PATRICIA SALAMANCA GALLO.



SECCION PRIMERA

MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – Sociedad Integra Security System S.A. / SOBRE LA FIRMEZA DE LAS AUTOLIQUIDACIONES – Contraprestaciones al Estado por concesión, autorizaciones, permisos en telecomunicaciones / OBLIGACIONES DE LOS CONCESIONARIOS – Régimen de transición Decreto 1972 de 2003 – Enriquecimiento sin causa

Síntesis del caso: Procede la Sala a decidir, sobre la nulidad de la Resolución No. 1520 de 2013, que declara deudor a la Sociedad Integra Security System S.A., suscrito por la coordinadora del Grupo de Facturación del MINTIC.

Extracto: “...El Decreto 1972 de 2003 “*Por el cual se establece el régimen unificado de contraprestaciones, por concepto de concesiones, autorizaciones, permisos y registros en materia de telecomunicaciones y los trámites para su liquidación, cobro, recaudo y pago*”, establece: **Artículo 16.** *Criterios para la determinación de las contraprestaciones por la concesión. Las contraprestaciones por concepto de la concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones se establecen en función de un porcentaje sobre los ingresos fijados con arreglo a la clase o naturaleza del servicio de telecomunicaciones concedido, salvo en los servicios de radiodifusión sonora, los servicios especiales y los servicios de ayuda, según determinación que haga el Ministerio de Comunicaciones. El Ministerio de Comunicaciones, podrá establecer que la contraprestación por concepto de la concesión involucre además un pago inicial, según las reglas fijadas en cada caso para el efecto en el presente decreto. Artículo 17. Ambito de aplicación. Las concesiones que se otorguen a partir de la vigencia de este decreto para la prestación de servicios de telecomunicaciones, tanto en gestión directa como indirecta, estarán sujetas a un mismo tratamiento en cuanto a las contraprestaciones que se causen a favor de la autoridad concedente, ya sea que se confieran por medio de contratos, licencias o autorizaciones. A partir del perfeccionamiento del contrato o la expedición del acto administrativo que contenga la licencia o autorización, según sea el caso, surge para el operador la obligación de pagar la contraprestación establecida y el correlativo derecho de la autoridad concedente a exigir su pago, conforme a las disposiciones establecidas en este régimen unificado de contraprestaciones. En ningún caso será posible exigir el pago previo de la contraprestación como condición para la expedición del título habilitante. Artículo 41. Régimen general. Las concesiones, autorizaciones y permisos que se confieran relacionadas con actividades de telecomunicaciones darán lugar al pago de las contraprestaciones establecidas en este título. A partir de la ejecutoria del acto administrativo que contenga la licencia o autorización, según sea el caso, surge para el licenciataria la obligación de pagar la contraprestación establecida y el correlativo derecho de la autoridad concedente a exigir su pago, conforme a las disposiciones establecidas en este régimen unificado de contraprestaciones. No obstante lo anterior, los cambios generados por error del Ministerio de Comunicaciones o por interferencias, no imputables al concesionario, no darán lugar al pago de contraprestaciones adicionales a las fijadas para la autorización inicial que se confiera... El artículo 2 Decreto 1972 de 2003, define el término “contraprestación” por las concesiones en materia de telecomunicaciones de la siguiente manera: “*Son todos los recursos, derechos, cánones, tasas, tarifas y compensaciones o participaciones que una persona natural o jurídica, pública o privada, debe pagar o cumplir a favor del Fondo de Comunicaciones adscrito al Ministerio de Comunicaciones por concepto de las concesiones, autorizaciones, permisos y registros en materia de telecomunicaciones*”. La H. Corte Constitucional en sentencia C-927 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil, se pronunció sobre la contraprestación que se genera por la concesión de los servicios de telecomunicaciones, así: *Las contraprestaciones que surgen por el permiso para el uso del espectro electromagnético, por la autorización para la instalación de redes de telecomunicaciones y por las concesiones que legitiman la prestación de los servicios de transmisión de datos, tienen la naturaleza de ingresos no tributarios del Estado, cuyo origen es la expedición de un título habilitante de raigambre voluntario o**

SECCION PRIMERA



contractual, sujeto a la previa y expresa aprobación del Estado. No se trata de obligaciones tributarias pues lejos de tener su fuente en un acto legal impositivo, proceden de la libre iniciativa de un particular que pretende beneficiarse o lograr un margen de utilidad por el uso o la explotación de un bien de propiedad exclusiva del Estado, el cual, en este caso, son los canales radioeléctricos y demás medios de transmisión. Las contraprestaciones previstas en las disposiciones acusadas no reúnen los caracteres que identifican a una tasa tributaria, sino que, por el contrario, corresponden como se señaló previamente a un precio público. De conformidad con la anterior jurisprudencia, la contraprestación económica a favor del MINTIC surge como consecuencia de la concesión del espectro electromagnético - al ser un bien de titularidad del Estado - y no a la naturaleza del servicio prestado por los concesionarios, situación que igual recoge el artículo 12 del Decreto 1972 de 2003, siendo que no obra prueba de la sociedad Integra Security sistemas de haberse acogido a la habilitación general que trata la Ley 1341 de 2009. El H. Consejo de Estado se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre el concepto de enriquecimiento sin justa causa, entre ellas en sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016), C.P...., en la que señaló: *“Como es sabido, la institución jurídica del enriquecimiento injusto o ilegítimo como también suele denominarse, ha sido estructurada paulatinamente por la jurisprudencia y la doctrina sobre la base de los principios heterogéneos de equidad y justicia, teniendo su origen remoto en el derecho romano a pesar de que en aquella época no era reconocido propiamente como principio general, contrario a lo que sucede hoy en día en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. La esencia del enriquecimiento injusto radica en el desplazamiento de riqueza dentro de la acepción más amplia del concepto a otro patrimonio sin que medie causa jurídica, de manera que se experimenta el acrecentamiento de un patrimonio a costa del menoscabo de otro, aun cuando en término monetarios no siempre se vea reflejado.”*... Conforme a lo anterior, el enriquecimiento sin justa causa consiste en la transferencia del patrimonio económico en favor de una parte y en detrimento de otra sin que medie una justificación. En el presente asunto la Corporación considera que no se configura un enriquecimiento sin justa

causa en tanto el monto exigido por el MINTIC a través de la Resolución 0152 de 2013, que declaró deudora a la sociedad Security Systems se sustentó en las obligaciones en cabeza del concesionario de presentar las liquidaciones conforme al artículo 23 del Decreto 1973 de 2003(...)” (Negrillas y Subrayado del texto original).

SENTENCIA DEL 16 FEBRERO DE 2017, Exp. 250002341000201500691-00 – SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCION A, MP. Dra. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO – PRIMERA INSTANCIA.



SECCIÓN PRIMERA

AUTO / SOLICITUD MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA / IMPROCEDENCIA MEDIDA CAUTELAR URGENTE, EXTRAPROCESAL – Suspensión provisional de los efectos jurídicos fallos primera y segunda instancia – Contraloría General de la República – Responsabilidad Fiscal .

Síntesis del caso: Se centra en determinar, si la solicitud de medida cautelar de urgencia extraprocésal por la Sociedad GRUPO EMPRESARIAL VÍAS DE BOGOTÁ, cuya pretensión se dirige a obtener la suspensión de los efectos jurídicos del fallo de primera instancia, proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 8 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría General de la República y del fallo de segunda instancia por la Contralora Ad hoc.

Extracto: “Teniendo en cuenta la naturaleza extraprocésal de la medida cautelar de urgencia que está siendo solicitada en el *sub lite*, se hace necesario que el Tribunal analice en primer lugar su procedencia. Al respecto es menester hacer énfasis en tres características que se derivan del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en materia de medidas cautelares, la primera es que tienen regulación expresa en el título V, capítulo undécimo de la Ley 1437 de 2011, (artículos 229 a 241); normatividad en virtud de la cual fueron desarrolladas disposiciones especiales relacionadas con: i) su procedencia, ii) contenido y alcance, iii) requisitos para decretarlas, iv) caución, v) procedimiento para su adopción, vi) medidas cautelares de urgencia, vii) levantamiento, modificación y revocatoria, viii) recursos, ix) prohibición de reproducción del acto suspendido o anulado y procedimiento en caso de reproducción de tales actos; x) responsabilidad, y xi) sanciones. La segunda característica que se infiere, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 229, 230, 231 y 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es que en la jurisdicción contencioso administrativa sólo son procedentes las medidas cautelares que se formulan en el marco de los procesos declarativos y en los que tienen por objeto la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos (desde la presentación de la demanda o en cualquier estado del proceso). Y la tercera, que para la adopción de las medidas cautelares (aun cuando se trata de las de urgencia - artículo 234 de la Ley 1437 de 2011) se debe acreditar el cumplimiento de unos requisitos mínimos previstos en el artículo 230 *ibídem*, esto es: que la solicitud tenga relación

directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, que el accionante haya fundado razonablemente la demanda en derecho o demostrado sumariamente la titularidad del derecho, o indicado que existen serios motivos para considerar que de no adoptarse la medida, los efectos de la sentencia que se expida en el proceso serían nugatorios, entre otros eventos que la jurisprudencia ha esbozado bajo las instituciones de *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris* para proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la decisión. En este punto se recuerda que en sede contencioso administrativa no son procedentes las medidas cautelares extraprocésales; en tanto las medidas cautelares de urgencia que se formulen, si bien se encuentran eximidas del agotamiento del procedimiento previsto en el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 (toda vez que pueden adoptarse sin previa notificación de la admisión o traslado a la otra parte), no relevan al solicitante del cumplimiento de las prescripciones de los artículos 229 y 230 *ibídem*, esto es, de formularlas en el marco de un proceso declarativo o de protección de derechos e intereses colectivos, de cumplir con los requisitos mínimos previstos para su adopción, entre estos “la relación directa y necesaria de la solicitud con las pretensiones de la demanda”, y de atender al presupuesto de necesidad de protección y garantía provisional del objeto del proceso. En conclusión la solicitud de medida cautelar de urgencia será rechazada por improcedente y se dispondrá la entrega de los anexos sin necesidad de desglose, por cuanto: i) si bien las medidas cautelares pueden ser de naturaleza extraprocésal, procesal o post proceso (según el momento en que se formulen, decreten o practiquen), en los asuntos sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa, regulados en la Ley 1437 de 2011, sólo son procedentes las dos últimas en los procesos declarativos y de protección a los derechos e intereses colectivos,....” (Subrayado original del fallo)

AUTO DEL 17 FEBRERO DE 2017, Exp. 25-000-2341-000-2017-00192-00, SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCION B, MP. Dr. MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN - PRIMERA INSTANCIA.



SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RETIRO DEL SERVICIO POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA - Marco normativo aplicable a los miembros del Ejército Nacional – Definición y calificación de la capacidad psicofísica – Organismos técnicos encargados de determinar la capacidad psicofísica de los miembros de la Fuerza Pública –Desarrollo Jurisprudencial – Protección constitucional para los soldados profesionales que sufren una pérdida de su capacidad laboral –Inaplicación por inconstitucional del artículo 10° del Decreto 1793 de 2000.

Síntesis del caso. *Se trata de determinar si le asiste derecho al demandante a ser reintegrado en forma definitiva al servicio activo, pese a su incapacidad, y al reconocimiento y pago de los haberes laborales dejados de percibir durante su desvinculación laboral.*

Extracto: “..Conforme a lo expuesto, la Sala observa que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía no dio concepto alguno sobre la capacidad física y mental del actor para desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción dentro de la institución, conforme a la orientación que expuso la Corte Constitucional en la sentencia T-928 de 2014 (elemento subjetivo), esto es evaluando las habilidades del servidor para determinar específicamente qué tipo de actividades puede desarrollar, por el contrario, nótese que el organismo médico laboral dijo que el actor no podría desempeñar actividades administrativas en atención a que “no se sirvió acreditar la capacitación que refiere tener y en todo caso por insuficiente intensidad horaria”, es decir que la decisión de no recomendar la reubicación laboral no se basa en un criterio técnico y científico, y dicha ausencia lleva a la Sala a concluir que el retiro del servicio del demandante por disminución de la capacidad psicofísica en un 19.48%, conforme a lo probado, es contraria al ordenamiento jurídico, puesto que la entidad demandada, Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, lo retiró del servicio única y exclusivamente por su condición de discapacidad permanente parcial, sin considerar la reubicación laboral conforme a la preparación académica y experiencia específica que él adquirió en la propia entidad, esto es en labores diferentes a la actividad militar relacionadas con el combate directo, desempeñando “funciones acordes con el tipo de limitación ... siempre y cuando la incapacidad no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni impliquen riesgo para su integridad”, conforme lo ordena el artículo 17 del decreto 2177 de 1989, que desarrolla la ley 82 de 1988, aprobatoria del Convenio 159 de la OIT. Además, el Jefe de Personal del Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento n°. 13 “CORONEL ANTONIO MORALES GALVIS”, en constancia de fecha 7 de enero de 2016, informa que el soldado profesional ..., presta sus servicios actualmente como “auxiliar de instrucción” y la entidad demandada no demostró que la incapacidad que él sufre impide el cumplimiento de las nuevas funciones. En otras palabras, en el caso concreto se demostró que la reubicación laboral del

demandante en un cargo administrativo de acuerdo a su preparación académica, habilidades personales y experiencia laboral, no es contraria al interés general que rige el ejercicio de la función pública, porque las labores que desarrolla son útiles para la consecución de los fines propios de la institución. En ese orden de ideas, la Sala siguiendo la orientación de la H. Corte Constitucional y del H. Consejo de Estado, considera que en sujeción al artículo 4° de la Carta, es procedente inaplicar, por inconstitucional, el artículo 10° del decreto 1793 de 2000, fundamento jurídico del acto administrativo demandado, oficio n°. 1201 del 28 de febrero de 2013, que se encuentra viciado de nulidad por violar la Constitución (artículos 25, 47, 53, 54 y 93), el Convenio 159 de la OIT, la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, instrumentos ratificados por Colombia que hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad y reconocen a favor de las personas en situación de discapacidad, una protección especial que impone al Estado y los empleadores, el deber de garantizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y acorde con sus capacidades. Igualmente, la decisión de la administración es contraria al decreto 2177 de 1989 que desarrolló la ley 82 de 1988 aprobatoria del Convenio 159 de la OIT, las leyes 1346 de 2009 que aprobó la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, 361 de 1997 y 776 de 2002 que imponen al empleador el deber de “ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.” En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia por medio de la cual se declaró la nulidad del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento del derecho se ordenó reubicar al señor (...), en forma definitiva, en actividades que tenga la capacidad de desarrollar, teniendo en cuenta su preparación académica y capacidad psicofísica...”.



SENTENCIA DEL 25 DE ENERO DE 2017, Exp. 11001-33-35-012-2013-00731-01- SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “C”, MP. DRA. AMPARO OVIEDO PINTO- SEGUNDA INSTANCIA.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / INSUBSISTENCIA, Cargo de libre nombramiento y remoción UIAF - Sobre la inconstitucionalidad del manual de funciones de la Unidad Administrativa Especial de Información y Análisis financiero UIAF - Prueba del polígrafo como criterio de permanencia en el cargo- Justificación de la utilización de la prueba del polígrafo como herramienta de control de información privada - Sobre las causales de desviación de poder y desmejora del servicio - La excelencia en el servicio no es condición de inamovilidad para el servidor público - Sobre la proporcionalidad y razonabilidad en la facultad discrecional de retiro en cargos de libre nombramiento y remoción - La solicitud de renuncia antes de la expedición del acto de insubsistencia del nombramiento, no vicia la actuación de la administración.

Síntesis del caso: *Se trata de determinar si le asiste derecho al demandante a ser reintegrado al cargo de libre nombramiento y remoción que venía desempeñando en la Unidad Administrativa Especial de Información y Análisis Financiero, UIAF, y al pago de los haberes dejados de percibir, conforme al recurso de apelación formulado.*

Extracto: “..En el caso de autos, el demandante pertenecía a una planta de empleos especial, pues en los términos del artículo 1º de la Ley 526 de 1999, los empleos de la UIAF “no serán de carrera administrativa. Los servidores públicos que laboren en la Unidad Administrativa Especial que se crea mediante la presente ley, serán de libre nombramiento y remoción”. Además, en su calidad de Profesional Especializado 2028-16 de la Subdirección de Análisis de Operaciones, el accionante tenía a su cargo el manejo de información de alta confidencialidad, por lo que, resulta comprensible que la entidad accionada vigilara el correcto cumplimiento de sus funciones, lo cual se hacía a cualquier servidor de la entidad y de manera aleatoria, tal y como se demostró con el manual de responsabilidades y procedimientos de la UIAF, según el cual “5.2. Todos los funcionarios de la UIAF pueden ser seleccionados a realizar periódicamente y por sorteo, Exámenes de Rutina con el objeto de verificar el cumplimiento de las normas y evaluar el comportamiento ético dentro y fuera de la Unidad” (f. 29) y el testimonio de Olga Lucía Cross Garcés, antigua Subdirectora Administrativa y Financiera de la UIAF, quien declaró que “según lo que estaba establecido en el instructivo, lo que recuerdo es que se realizaba de manera aleatoria una fórmula para que de manera aleatoria se escogieran los funcionarios que presentaban el polígrafo” (f. 864). En consecuencia, la Sala no advierte una actuación inconstitucional o ilegal por parte de la entidad demandada al adoptar la prueba del polígrafo como herramienta de control de la privacidad de la información a su cargo, esto sumado a que como se indi-

có, tal mecanismo no constituye una causal objetiva de retiro del servicio al interior de la entidad.....En consecuencia, la Sala encuentra infundada la afirmación del demandante según la cual su retiro se produjo con base en hechos posteriores a su retiro y aclara además, que si el actor fue exonerado por las autoridades disciplinarias y penales, dicha circunstancia no resulta relevante para el presente análisis, por tratarse de actuaciones independientes que no afectan la decisión de retiro del servicio del demandante objeto de estudio. Cabe precisar que si la entidad revisó el correo institucional del demandante, es un hecho posterior ajeno al caso, respecto del cual no le corresponde pronunciarse a esta instancia sobre su legitimidad...En suma, del caudal probatorio allegado al proceso y valorado en su extensión por la Sala, no encontró la misma que el Director de la UIAF, haya desbordado los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rigen la facultad discrecional que le asistía para desvincular del empleo de libre nombramiento y remoción de la actora, pues, en consideración de esta Subsección, no es suficiente la demostración del buen desempeño de las funciones, para que se configure el vicio de desviación del poder, como quedó anotado... Por lo expuesto, la Sala concluye que el hecho de haberse solicitado al accionante que presentara su renuncia con anterioridad a la expedición del acto de insubsistencia de su nombramiento, de manera alguna vicia la actuación de la Administración, pues no demuestra un ánimo desviado de la búsqueda del mejoramiento del servicio. En suma, al no prosperar los cargos propuestos en la apelación, se impone para la Sala confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto negó las pretensiones de la demanda...”.

SENTENCIA DEL 31 DE ENERO DE 2017, Exp. 11001-3331-708-2009-00051-02- SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “F”, MP. DRA. PATRICIA SALAMANCA GALLO- SEGUNDA INSTANCIA .



SECCIÓN SEGUNDA



MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE PRESUNTA – Compañera Permanente e hijos de Subintendente de la Policía Nacional-Normativa aplicable a la fecha de la desaparición del causante – Aplicación del principio de favorabilidad del régimen general de la Ley 100 de 1993, sobre el régimen especial – Prueba de la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes – Prescripción de los derechos de los menores - Desarrollo Jurisprudencial

Síntesis del caso: *Se trata de resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora, contra la Sentencia de primera instancia que le negó las súplicas de la demanda, a fin de determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.*

Extracto:“.. concluye la Sala que si bien es cierto el régimen especial de las Fuerzas Militares (Decreto 4433 de 2004) no contempla el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en caso de declaración de muerte presunta por desaparecimiento, también lo es que por fallecimiento de militares o policías retirados del servicio, resulta aplicable el régimen pensional general establecido en la Ley 100 de 1993, siempre y cuando dicha norma se encontrara vigente a la fecha de la declaración la muerte presunta, para lo cual se deben exigir el cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Sobre el documento que reposa en copia simple en donde se dice que la señora, era la compañera permanente, no se le puede dar plena validez, por cuanto se trata de una constancia de servicios médicos que no es la conducente para probar este tipo de relación, y ni siquiera sirve como un indicio más para demostrar esta condición, porque como ya lo ha resaltado la Sala, brillan por su ausencia pruebas pertinentes y conducentes que lleven al convencimiento de este hecho. Para finalizar, el hecho de tener dos hijos juntos NO presume la convivencia entre ellos, tan solo que los procrearon, pero nada más. Corolario de todo lo anterior, se reconocerá el 100% de la pensión de sobrevivientes en partes iguales en favor de ..., como hijos, a partir del 22 de marzo de 2003 (día de la fecha del fallecimiento presunto del extin-

to Subintendente (r) ..., como quiera que conforme lo señalado por la jurisprudencia en referencia, no opera la prescripción por ser menores de edad. De conformidad con el registro civil de nacimiento No. 27615225 (fol. 66), a partir del 10 de abril de 2016 el beneficiario, debe acreditar ante el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el cumplimiento de los requisitos legales de dependencia económica y estudios, para continuar siendo beneficiario del porcentaje que le corresponde hasta los 25 años de edad, como beneficiario de la pensión de sobrevivientes. Respecto de, teniendo el registro civil de nacimiento No. 32104365 (fol. 65), a partir del 22 de enero de 2019, en calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, también deberá acreditar ante el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el cumplimiento de los requisitos legales de dependencia económica y estudios, para continuar siendo beneficiaria del porcentaje que le corresponde hasta los 25 años de edad. Una vez desaparezcan los fundamentos de hecho y/o de derecho a favor de los beneficiarios, se incrementará la proporción del otro, según corresponda. Por lo expuesto en las anteriores consideraciones, la Sala REVOCARA la sentencia de primera instancia, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, ordenando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en los términos señalados en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994..”.

SENTENCIA DEL 26 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 11001-33-31-023-2012-00144-01, SECCION SEGUNDA SUBSECCION “E”, MP. DR. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON- SEGUNDA INSTANCIA.

SECCIÓN SEGUNDA



MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE PRESUNTA – Compañera Permanente e hijos de Subintendente de la Policía Nacional-Normativa aplicable a la fecha de la desaparición del causante – Aplicación del principio de favorabilidad del régimen general de la Ley 100 de 1993, sobre el régimen especial – Prueba de la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes – Prescripción de los derechos de los menores - Desarrollo Jurisprudencial

Síntesis del caso: *Se trata de resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora, contra la Sentencia de primera instancia que le negó las súplicas de la demanda, a fin de determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.*

Extracto:“.. concluye la Sala que si bien es cierto el régimen especial de las Fuerzas Militares (Decreto 4433 de 2004) no contempla el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en caso de declaración de muerte presunta por desaparecimiento, también lo es que por fallecimiento de militares o policías retirados del servicio, resulta aplicable el régimen pensional general establecido en la Ley 100 de 1993, siempre y cuando dicha norma se encontrara vigente a la fecha de la declaración la muerte presunta, para lo cual se deben exigir el cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Sobre el documento que reposa en copia simple en donde se dice que la señora, era la compañera permanente, no se le puede dar plena validez, por cuanto se trata de una constancia de servicios médicos que no es la conducente para probar este tipo de relación, y ni siquiera sirve como un indicio más para demostrar esta condición, porque como ya lo ha resaltado la Sala, brillan por su ausencia pruebas pertinentes y conducentes que lleven al convencimiento de este hecho. Para finalizar, el hecho de tener dos hijos juntos NO presume la convivencia entre ellos, tan solo que los procrearon, pero nada más. Corolario de todo lo anterior, se reconocerá el 100% de la pensión de sobrevivientes en partes iguales en favor de ..., como hijos, a partir del 22 de marzo de 2003 (día de la fecha del fallecimiento presunto del extin-

to Subintendente (r) ..., como quiera que conforme lo señalado por la jurisprudencia en referencia, no opera la prescripción por ser menores de edad. De conformidad con el registro civil de nacimiento No. 27615225 (fol. 66), a partir del 10 de abril de 2016 el beneficiario, debe acreditar ante el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el cumplimiento de los requisitos legales de dependencia económica y estudios, para continuar siendo beneficiario del porcentaje que le corresponde hasta los 25 años de edad, como beneficiario de la pensión de sobrevivientes. Respecto de, teniendo el registro civil de nacimiento No. 32104365 (fol. 65), a partir del 22 de enero de 2019, en calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, también deberá acreditar ante el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el cumplimiento de los requisitos legales de dependencia económica y estudios, para continuar siendo beneficiaria del porcentaje que le corresponde hasta los 25 años de edad. Una vez desaparezcan los fundamentos de hecho y/o de derecho a favor de los beneficiarios, se incrementará la proporción del otro, según corresponda. Por lo expuesto en las anteriores consideraciones, la Sala REVOCARA la sentencia de primera instancia, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, ordenando el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en los términos señalados en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994..”.

SENTENCIA DEL 26 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 11001-33-31-023-2012-00144-01, SECCION SEGUNDA SUBSECCION “E”, MP. DR. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON- SEGUNDA INSTANCIA.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ RECONOCIMIENTO DE CESANTIAS RETROACTIVAS - Régimen de cesantías que gobierna al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Docentes beneficiarios del régimen retroactivo de cesantías y del régimen de liquidación anual de cesantías sin retroactividad – Desarrollo Jurisprudencial.

Síntesis del caso: *Se trata de resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora, contra la Sentencia de primera instancia que le negó las súplicas de la demanda, a fin de determinar si tiene derecho al reconocimiento de las cesantías definitivas de manera retroactiva, teniendo en cuenta su vinculación como docente, a partir del 14 de febrero de 1993, liquidada con base en el último salario devengado y la totalidad de los factores salariales que consagran su pago en forma retroactiva.*

Extracto: “Examinando el caso concreto, se observa que la señora..., fue nombrada como docente en propiedad y afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prestando sus servicios a partir del 4 de Marzo de 1993. Del certificado de historial laboral aportado por la parte la demandante, se colige que la misma se vinculó al servicio docente en propiedad con el Departamento de Cundinamarca desde el 4 de Marzo de 1993 en que tomó posesión del cargo (*Fl. 6*) siendo afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, significa que su régimen de cesantías está gobernado por el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, esto es, las cesantías deben ser liquidadas anualmente sin retroactividad. Por su parte, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 que estableció el nuevo régimen de cesantías para las personas que se vinculen a las entidades del Estado, y dispuso que “(...) Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Organos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías: a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral; b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.”, (Negrillas y subrayas de Sala). Como se puede observar, la anterior disposición dejó a salvo el régimen de cesantías de los docentes previsto en el artículo 15 numeral 3° de la Ley 91 de 1989, que es el aplicable al caso de la demandante, debido a que como se dijo, su vinculación fue el 4 de Marzo de 1993, es decir antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 del 27 de Diciembre de 1996, contrariamente a lo considerado por ella en su apelación. En consecuencia, la demandante no tiene derecho al régimen retroactivo de las cesantías, sino al régimen anualizado sin retroactividad, como lo prevé específicamente el literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tal como en efecto lo ha venido liquidando la entidad...”

SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 25899-33-33-001-2015-00428-01, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “C”, MP. DR. SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA- SEGUNDA INSTANCIA.



SECCION SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / NOMBRAMIENTO POR EQUIVALENCIA EN UN CARGO DE CARRERA – Del acceso al empleo público – Etapas del proceso de selección o concurso – Derechos que se generan en un concurso de méritos / VIGENCIA DE LA LISTA DE ELEGIBLES – Caducidad para demandar actos administrativos que niegan nombramientos por equivalencia – Procedibilidad de la conciliación prejudicial para demandar actos administrativos que niegan nombramiento por equivalencia en un cargo de carrera – Desarrollo Jurisprudencial.

Síntesis del caso: *Se trata de resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia que declaró probadas las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda y caducidad de la acción, y se inhibió de emitir pronunciamiento de fondo sobre las súplicas de la demanda. En consecuencia, se determinará, sobre el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial para demandar actos administrativos que niegan el nombramiento por equivalencia en un cargo de carrera; la caducidad respecto de la vigencia de listas de elegibles en concursos de méritos y si se violaron o no, normas de carrera administrativa.*

Extracto: “..Así las cosas, siendo claro que la solicitud de nombramiento en un cargo equivalente según la lista general de elegibles es una mera expectativa del elegible que está supeditada a la potestad de la entidad de solicitar a la CNSC el uso de la lista general de elegibles, y que frente a esta **no existen derechos ciertos e indiscutibles**, es menester agotar el requisito de procedibilidad de la acción. Por lo tanto, acertó el juez de primera instancia al inhibirse de fallar respecto de la legalidad de los actos administrativos respecto de los cuales no se presentó solicitud de conciliación prejudicial. - Como se mencionó, el término de caducidad para demandar la legalidad de los actos administrativos empieza a operar desde el momento en que se notifica, comunica o ejecuta el acto administrativo y con independencia del término de vigencia de la lista de elegibles, por cuanto no es un derecho adquirido sino una expectativa ser nombrado en un cargo equivalente a aquél para el cual se participó. En el sub lite el demandante no acreditó la fecha en que le fueron notificados, comunicados o ejecutados los actos administrativos demandados, sin embargo, al interponer el recurso de apelación contra la sentencia no desmintió que, como lo aseguró el A-quo, los Oficios expedidos por la CNSC Nos. 28556 del 27 de julio de 2011 y 31028 del 16 de agosto de 2011, y del oficio proferido por la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN No. S-2011-131969 del 18 de octubre de 2011, hayan sido comunicados el mismo día de su expedición, y se limitó a manifestar que la fecha desde la cual se debe empezar a contar el término de caducidad es aquella en que venció la lista de elegibles. Así las cosas, se dará aplicación a lo previsto en el artículo 194 del Código Civil, el cual establece que la confesión judicial es la que se hace ante el juez, de manera espontánea o provocada, en cualquier acto procesal, además debe versar sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la contraparte. Conforme a lo anterior, se verifica el término de caducidad respecto de los Oficios expedidos por la CNSC Nos. 28556 del 27 de julio de 2011 y 31028 del 16 de agosto de 2011, y del oficio proferido por la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN No. S-2011-131969 del 18 de octubre de 2011, fue el indicado por el A-quo. Y ya que la solicitud de conciliación fue presentada el 27 de enero de 2012, no interrumpió término de caducidad para demandar los Oficios Nos. 28556 y 31028, pues para entonces ya estaban caducadas las acciones, y respecto del Oficio No. S-2011-131969 se interrumpió el término de caducidad hasta el 21 de abril de 2012, por lo que la acción caducó el 11 mayo de 2012. Dado que la demanda fue interpuesta el 31 de mayo de 2012, las acciones respectivas ya habían caducado...”.

SENTENCIA DEL 10 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 110013331008201200220-01- SECCION SEGUNDA SUBSECCION “F”, MP. DRA. BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS- SEGUNDA INSTANCIA.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / REUBICACIÓN LABORAL, Secretaría Distrital de Salud – Sobre la posibilidad de efectuar movimientos de personal por parte de la administración, *ius variandi* – Presupuestos de la administración para la realización de movimientos de personal / PLANTAS GLOBALES FLEXIBLES – Definición - Movimientos de personal en plantas globales flexibles – La reubicación de personal en plantas globales flexibles, no puede desconocer derechos mínimos del trabajador – Desarrollo Jurisprudencial.

Síntesis del caso. *Se trata de determinar si procede declarar la nulidad del Memorando No. 48084 del 26 de junio de 2012, que reubicó a la actora del Laboratorio de Salud Pública, al área de Vigilancia y, como consecuencia establecer si debe reubicarse en el cargo que venía desempeñando, y si tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.*

Extracto. “ .. Descendiendo al caso concreto, se tiene que la Planta de Personal de la Secretaría Distrital de Salud, es global y flexible, por lo cual, de conformidad con el marco normativo antes desarrollado, el nominador o jefe inmediato según se extrae de las funciones asignadas al cargo de Profesional Especializado 222 Grado 32-tiene la potestad de reubicar los empleos de la entidad según las necesidades del servicio. Así bien, en ejercicio de dicha potestad que no es otra cosa que la manifestación del *ius variandi*, el Secretario Distrital de Salud decidió reubicar a la demandante del Laboratorio de Salud Pública al área de Vigilancia en Salud Pública, decisión que fue comunicada a través del Memorando No.48084 de 26 de junio de 2012, en el que se indicó que la misma obedecía a la necesidad del cumplimiento de planes, programas y proyectos trazados por la Entidad, para el logro de los objetivos institucionales, es decir, por necesidades del servicio. Siendo así, la ubicación del cargo de Profesional Especializado 222 Grado 32, dentro de una planta global y flexible, es una razón fundamental para desestimar las pretensiones de la demanda, pues se insiste que, en éste tipo de estructura funcional, los empleos no están ubicados en un sector o dependencia específica de la entidad sino que pueden ser distribuidos discrecionalmente de acuerdo con las necesidades del servicio que se vayan presentando y, con mayor razón si dicho instrumento se usa garantizando los derechos mínimos del empleado referidos al respeto del mismo cargo que ocupaba, igual salario y desarrollo de funciones afines o similares...En tal sentido, resulta necesario concluir que *i)* la accionante siguió desempeñando el mismo cargo de Profesional Especializado 222 Grado 32, solo que ahora estaría ubicado en un área distinta, *ii)* la parte demandante no demostró una desmejora salarial como consecuencia de la reubicación laboral y, *iii)* se logró establecer que el cargo pertenecía a la misma Dependencia y que las funciones que pasó a desempeñar en el área de Vigilancia en Salud Pública necesariamente eran afines o similares. En relación con éste último punto, debe resaltar la Sala que el cargo ocupado por la señora...fue inicialmente ubicado en el Laboratorio de Salud Pública, no obstante, el Manual Específico de Funciones de la Secretaría Distrital de Salud, contenido en la Resolución No.1178 de 2007, claramente prescribe que la Dependencia a la cual pertenece será aquella donde se ubique el cargo y su superior jerárquico será quien ejerza la supervisión directa, lo que evidentemente refiere la posibilidad de cualquier tipo de movimiento del mismo según las necesidades de la Administración.. En suma y por lo expuesto, al no probar la parte actora los cargos de nulidad en que supuestamente incurrió la accionada al emitir el acto acusado, y al conservar éste la presunción de legalidad que ampara a todos los actos administrativos, se impone confirmar la sentencia de primer grado que denegó las pretensiones de la demanda..”

SENTENCIA DEL 22 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 11001333502020120018201, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “C”, MP. DR. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL – SEGUNDA INSTANCIA.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RETIRO POR PÉRDIDA DE LA CALIDAD DE ESTUDIANTE – Policía Nacional-Dirección Nacional de Escuelas de Policía Nacional - Circunstancias en las que se pierde la calidad de estudiante - Eventos de pérdida del periodo académico en los cursos de formación, capacitación actualización y especialización – Sobre el deber de analizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que impiden la asistencia a clases – Principio de autonomía universitaria y límites constitucionales/ ESCUELAS DE FORMACIÓN- Función -Diferencias entre las escuelas de formación en general y las escuelas de formación de la Fuerza Pública – Desarrollo jurisprudencial.

Síntesis del caso. *Se trata de determinar si le asiste razón jurídica al demandante, al pretender la ilegalidad del acto administrativo mediante el cual lo retiraron de sus estudios en la Escuela General Santander, por inasistencia a clases, y si en consecuencia, debe permitírsele continuar con sus estudios de formación como Oficial.*

Extracto. "...Si bien es cierto que la entidad accionada fundamentó el retiro del actor en las disposiciones normativas antes descritas, que establece el Reglamento Académico de la Escuela de Policía, el cual se encuentra amparado en el principio de autonomía universitaria, la Sala considera que en el caso particular del demandante, la entidad accionada al aplicar esta norma que dispone que la asignatura se pierde por inasistencia así sea justificada y que esa pérdida implica la pérdida del periodo académico y a su vez perder el periodo académico genera el retiro del curso, está dando aplicación a una sanción desproporcionada que omite las circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito que el demandante atravesó durante su primer semestre de estudios...En este caso el actor fue sometido a unos rigurosos exámenes médicos, psicológicos y de conocimiento, que terminaron con el certificado del 28 de diciembre de 2012 de la Dirección de incorporación, en la que se declaró apto al señor, por haber superado el consejo de admisiones, lo cual conlleva a concluir que el demandante ingresó en perfectas condiciones de salud y que durante sus estudios adquirió las diversas enfermedades que generaron la causal de retiro, es decir, que el deterioro de la salud del actor se desarrolló en las instalaciones de la Escuela de Policía Nacional, y la accionada en ningún momento adelantó tramites con la Junta Médico Laboral de la institución para determinar el grado de incapacidad y afectación de la salud que padecía el estudiante... En consideración a todo lo expuesto, la Sala concluye que la Resolución N°000264 se encuentra viciada de nulidad por cuanto se fundamentó en el acta N° 014 de ARACA – GUREC 2.73 que decidió retirar de manera definitiva al estudiante .., violando los derechos fundamentales de la educación, debido proceso y con inobservancia de las circunstancias de caso fortuito y fuerza mayor, extralimitándose en el principio de autonomía universitaria...No obstante, al encontrarse acreditado que el actor perdió su periodo académico debido a la inasistencia a clases, el mismo deberá iniciar nuevamente sus estudios desde la primera etapa de cadete, por cuanto no es dable que a pesar de no haber asistido a clase se tenga como aprobados materias que no curso, ni aprobó...En cuanto a los costos de matrícula y demás requisitos para cursar el periodo académico que perdió, deberán ser asumidos por el demandante, ya que si bien existió circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito para el actor, la demandada ya asumió los gastos que representaba el ingreso del actor a la escuela, tales como alojamiento, alimentación, dotación, clases impartidas, sistema de salud, registro y control de sus cargas académicas y demás instrucciones impartidas y recibidas tanto prácticas como teóricas. ..."

SENTENCIA DEL 16 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 25000234200020140153800, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B", MP. DR. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN – PRIMERA INSTANCIA.

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Prima de Servicios – Docentes Oficiales – El artículo 104 del Decreto 1042 de 1978 excluye de su aplicación al personal Docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva al no otorgarles a los Docentes la prima de servicios

Síntesis del caso: Se trata de resolver el recurso de apelación que interpone el apoderado de la Secretaría de Educación Distrital contra la sentencia de primera instancia, argumentando que hay desconocimiento del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, al no aplicar la parte resolutive de las Sentencias C-566 de 1997 y C-402 de 2013 respecto de la prima de servicios. Dentro de las excepciones consignadas en el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978 se enlista al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva, literal declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-566 de 1997.

Extracto: Se tiene que se acredita que la parte demandante es docente oficial y que la demandada le ha negado la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de servicios, al considerar que el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978 excluye de su aplicación al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. De conformidad con lo concluido en el fundamento normativo de esta providencia (i) la prima de servicios contemplada en los artículos 42 y 58 del Decreto 1042 de 1978 es de naturaleza salarial, por lo que lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002 no es aplicable al personal docente oficial, al referirse a prestaciones sociales y al personal administrativo de las instituciones de educación; (ii) el personal docente oficial está excluido de la aplicación del Decreto 1042 de 1978 y cuenta con un régimen salarial y prestacional especial, y (iii) el personal exceptuado del Decreto 1042 de 1978 no goza de la prima de servicios en él dispuesta. (...) Confrontado el acto administrativo acusado con las consideraciones normativas expuestas, encuentra la Sala que los factores salariales dispuestos en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, entre los que se incluye la prima de servicios establecida en el artículo 58 ibídem, no se aplican al ramo docente, por exclusión expresa del literal b) del artículo 104 ibídem, norma que como atrás quedó dicho fue encontrada ajustada a la Constitución, por lo que ningún reproche cabe frente a la negativa de la entidad demandada a ordenar el pago a favor de la parte demandante, menos aún, con fundamento en el Decreto 1919 de 2002, por cuanto en su artículo 1º se establece que solo se hacen extensivas las prestaciones sociales, dentro de las cuales no se encuentra la prima de servicios al tratarse de un factor salarial de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, y además realizar la distinción de sólo resultar aplicable al “personal administrativo” de instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional, y para el caso de la parte demandante se trata de docente oficial. (...) Es de advertir, que en el caso concreto, la demanda no invoca el derecho a la aplicación de un determinado régimen territorial ni se encuentra acreditado en el expediente que ampare el reconocimiento de la prima de servicios reclamada. Ahora bien, mediante Sentencia de Unificación proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 14 de abril de 2016, dicha corporación señaló que: “6.1.- La Ley 91 de 1989, particularmente su artículo 15, parágrafo 2, no crea ni reconoce a favor de los docentes oficiales la prima de servicios, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional. (...)6.3.- De acuerdo con la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que no venían devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la cual estaban adscritos nunca la creó, mediante norma de carácter territorial, no tienen derecho al referido factor de salario. (...)6.5.- Por orden de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En consecuencia, los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios”. Conforme a la anterior cita jurisprudencial, se observa que el criterio allí unificado, se encuentra acorde con la postura que ha venido sosteniendo esta Sala, según la cual, la prima de servicios contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 no es aplicable para los docentes oficiales. De acuerdo con lo expuesto, y estando probado que la parte demandante ostenta la calidad de empleado público docente, no es posible reconocerle la prima de servicios pretendida, habida cuenta que la normativa que regula de manera especial el régimen salarial y prestacional del personal docente al servicio del Estado, como quedó visto, no con-

SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Prima de Servicios – Docentes Oficiales – El artículo 104 del Decreto 1042 de 1978 excluye de su aplicación al personal Docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva al no otorgarles a los Docentes la prima de servicios

Síntesis del caso: Se trata de resolver el recurso de apelación que interpone el apoderado de la Secretaría de Educación Distrital contra la sentencia de primera instancia, argumentando que hay desconocimiento del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, al no aplicar la parte resolutive de las Sentencias C-566 de 1997 y C-402 de 2013 respecto de la prima de servicios. Dentro de las excepciones consignadas en el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978 se enlista al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva, literal declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-566 de 1997.

Extracto: Se tiene que se acredita que la parte demandante es docente oficial y que la demandada le ha negado la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de servicios, al considerar que el artículo 104 del Decreto 1042 de 1978 excluye de su aplicación al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. De conformidad con lo concluido en el fundamento normativo de esta providencia (i) la prima de servicios contemplada en los artículos 42 y 58 del Decreto 1042 de 1978 es de naturaleza salarial, por lo que lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002 no es aplicable al personal docente oficial, al referirse a prestaciones sociales y al personal administrativo de las instituciones de educación; (ii) el personal docente oficial está excluido de la aplicación del Decreto 1042 de 1978 y cuenta con un régimen salarial y prestacional especial, y (iii) el personal exceptuado del Decreto 1042 de 1978 no goza de la prima de servicios en él dispuesta. (...) Confrontado el acto administrativo acusado con las consideraciones normativas expuestas, encuentra la Sala que los factores salariales dispuestos en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, entre los que se incluye la prima de servicios establecida en el artículo 58 ibídem, no se aplican al ramo docente, por exclusión expresa del literal b) del artículo 104 ibídem, norma que como atrás quedó dicho fue encontrada ajustada a la Constitución, por lo que ningún reproche cabe frente a la negativa de la entidad demandada a ordenar el pago a favor de la parte demandante, menos aún, con fundamento en el Decreto 1919 de 2002, por cuanto en su artículo 1º se establece que solo se hacen extensivas las prestaciones sociales, dentro de las cuales no se encuentra la prima de servicios al tratarse de un factor salarial de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, y además realizar la distinción de sólo resultar aplicable al “personal administrativo” de instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional, y para el caso de la parte demandante se trata de docente oficial. (...) Es de advertir, que en el caso concreto, la demanda no invoca el derecho a la aplicación de un determinado régimen territorial ni se encuentra acreditado en el expediente que ampare el reconocimiento de la prima de servicios reclamada. Ahora bien, mediante Sentencia de Unificación proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 14 de abril de 2016, dicha corporación señaló que:

“6.1.- La Ley 91 de 1989, particularmente su artículo 15, parágrafo 2, no crea ni reconoce a favor de los docentes oficiales la prima de servicios, contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos del orden nacional. (...)6.3.- De acuerdo con la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que no venían devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la cual estaban adscritos nunca la creó, mediante norma de carácter territorial, no tienen derecho al referido factor de salario. (...)6.5.- Por orden de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, en materia salarial y prestacional, se les aplican las normas que rigen a los empleados públicos del orden nacional, excepto el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 104 excluye expresamente a los docentes oficiales de su radio de acción, y por ende a ellos nos les es aplicable el artículo 42 ibídem que contempla la prima de servicios. En consecuencia, los docentes nacionales vinculados antes o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios”. Conforme a la anterior cita jurisprudencial, se observa que el criterio allí unificado, se encuentra acorde con la postura que ha venido sosteniendo esta Sala, según la cual, la prima de servicios contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978 no es aplicable para los docentes oficiales. De acuerdo con lo expuesto, y estando probado que la parte demandante ostenta la calidad de empleado público docente, no es posible reconocerle la prima de servicios pretendida, habida cuenta que la normativa que regula de manera especial el régimen salarial y prestacional del personal docente al servicio del Estado, como quedó visto, no con-

SECCIÓN SEGUNDA

templa dicha prestación. Una conclusión diferente no sólo desconocería el régimen salarial y prestacional especial previsto para el personal docente del Estado sino que también, implicaría una clara vulneración al principio de inescindibilidad de las normas en tanto que, la parte demandante pretende la aplicación de disposiciones distintas a las que regulan su situación particular como docente oficial. Finalmente debe expresarse que para la decisión de este asunto no es necesario acudir a la sentencia C-402 de 2013 de la Corte Constitucional, ya que ésta se circunscribió a la constitucionalidad de la expresión del “orden nacional” contenida en el artículo 1 del Decreto 1042 de 1978, lo que no tiene incidencia con el reconocimiento de la prima de servicios al sector docente oficial, pretensión a la que no se accede por las razones antes expuestas. En consecuencia no se acredita que el acto acusado viole el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues las normas vigentes aplicables a los servidores públicos, no consagran la prima de servicios a favor de los docentes en cualquiera de sus órdenes. Recapitulando, a la parte demandante no le asiste derecho a que la Administración le reconozca y pague suma alguna de dinero, por concepto de prima de servicios, ya que los docentes no gozan de los factores salariales enlistados en el Decreto 1042 de 1978 ni de los factores prestacionales de que trata el Decreto 1919 de 2002, y el régimen salarial y prestacional especial de los docentes oficiales no contemplaba la prima de servicios reclamada, la que solo vino a crearse a partir del Decreto 1545 del 19 de julio de 2013. Conclusión. De todo lo anterior la Sala concluye que la parte demandante no acreditó tener derecho al reconocimiento, por parte de la entidad demandada, de la prima de servicios, por lo que habrá de revocarse la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda”.

SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 110013335026201400289-01, SECCION SEGUNDA SUBSECCION “A”, MP. DR. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES . SEGUNDA INSTANCIA.



SECCIÓN SEGUNDA

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES DECRETO 1214 DE 1990 – Personal oficina del comisionado Nacional para la Policía – De la Naturaleza jurídica de la oficina del Comisionado Nacional para la Policía

Síntesis del caso: *El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando (i) que el a-quo erró al declarar de oficio probada la excepción de prescripción extintiva, teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 278 numeral 3 y 282 del Código General del Proceso se le otorga al juez la atribución de declarar las excepciones que se encuentren probadas, entre ellas la prescripción extintiva, siempre y cuando se haya alegado por el demandado, de lo contrario se entenderá renunciada; (ii) en el presente asunto no se discute la nulidad de un acto administrativo de liquidación de prestaciones, por el contrario se está reclamando las primas y subsidio contemplados en el Título III del Decreto 1214 de 1990, los cuales no fueron pagados por la entidad demandada a la demandante, pues el derecho a reclamarlos surgió a partir de la ejecutoria de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 29 de septiembre de 2011, a través de la cual declaró la nulidad de los artículos 2° y 3° del Decreto 1810 del 3 de agosto de 1994, razón por la cual antes del 29 de septiembre de 2011, las normas excluían a la demandante de ser beneficiario del Decreto 1214 de 1990; y (iii) al ser la demandante ex funcionaria de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía tiene la calidad de personal civil no uniformado y su derecho a reclamar las prestaciones contempladas en el Decreto 1214 de 1990, se hizo exigible a partir de la ejecutoria de la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 29 de septiembre de 2011, tal como ocurrió.*

Extracto: “De la naturaleza jurídica de la Oficina del Comisionado Nacional para Policía. La ley 62 del 12 de agosto de 1993, “Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República.”, creó el cargo de Comisionado Nacional para la Policía Nacional, en los siguientes términos: “ARTÍCULO 21. COMISIONADO NACIONAL(...) (...) Por lo anterior, el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de septiembre de 2011, Magistrado Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, radicado 11001-03-25-000-2008-0008-00 declaró nulos los artículos 2° y 3° del Decreto 1810 del 3 de agosto de 1994, al considerar que el Gobierno Nacional no podía mediante un decreto reglamentario excluir del régimen prestacional establecido en los Decreto 1214 de 1990 y 1792 de 2000 al personal civil de la Oficina del Comisionado Nacional para Policía Nacional, así (...) Caso concreto. El cargo de técnico administrativo código 3124 grado 15 como el que ocupaba la demandante hacía parte de la planta global de personal de la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía (suprimida), significa que tenía la calidad de personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, en consecuencia es beneficiario de las asignaciones, primas y subsidios contemplados en el Título III del Decreto 1214 de 1990, en este caso la prima de actividad, la prima de navidad, la prima anual de servicios y la prima vacacional solo por desempeñar el cargo mencionado, según la norma. En cuanto al subsidio familiar la demandante es beneficiaria del mismo, ya que de conformidad con lo expuesto en el fundamento fáctico de esta providencia, la demandante contrajo matrimonio el 19 de diciembre de 1992 y tenía dos hijos. Del material probatorio encontramos que el subsidio familiar se debe reconocer y pagar a favor de la demandante a partir del 17 de febrero de 2000 fecha en la cual ingresó a la Oficina del Comisionado Nacional para la Policía y contaba con los requisitos para ser beneficiario del mismo tal como se verificó en el material probatorio allegado al expediente (estar casado y tener hijos) hasta el 22 de agosto de 2007, fecha en la cual se retiró del servicio. En consecuencia, dicho reconocimiento y determinación del porcentaje se hará atendiendo los parámetros normativos y los porcentajes establecidos en el literal a) del artículo 49 del Decreto 1214 de 1990. Respecto de las primas especial, de alimentación, de bujería, de calor, de instalación, de orden público y de salto en paracaídas, la Sala encuentra que la parte demandante no tiene derecho a ellas porque no demostró haber desarrollado actividades donde se hubieren ejecutado operaciones militares para tener derecho a la prima especial de alimentación, tampoco como buzo, ni haber sido trasladado de su lugar de residencia, ni desarrollar sus funciones en un lugar donde se debiera restablecer el orden público, ni haber sido instruido como paracaidista, y demás actividades específicas que ameriten que sea beneficiario de las correspondientes primas, como lo exige el Decreto 1214 de 1990. Respecto de la prima de servicios, la demandante no es beneficiaria de la misma toda vez que no acreditó 15 años de servicios continuos o discontinuos en el Ministerio de Defensa, puesto que ingresó a partir del 17 de febrero de 2000 y se retiró el 22 de agosto de 2007, para un total de 7 años, 6 meses y 6 días. Teniendo en cuenta que la demandante no acreditó más de 10 años de servicio en la entidad no es beneficiaria de los tres meses de alta reconocidos una vez se retira del servicio contemplado en el artículo 114 del Decreto 1214 de 1990. Como la parte demandante elevó la petición ante la entidad demandada el 18 de febrero de 2014 y la sentencia a partir de la cual se hizo exigible el derecho quedó ejecutoriada el 5 de diciembre de 2011, no operó el fenómeno de la prescripción, al no haber transcurrido más de 4 años entre una y otra fecha. En consecuencia no le asiste razón al A-quo al haber declarado la excepción de prescripción del derecho. De tal manera que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad, la prima de navidad, la prima anual de servicios, el subsidio fa-

SECCIÓN SEGUNDA

miliar y la prima vacacional a partir del 17 de febrero de 2000 hasta el 22 de agosto de 2007. **Conclusión.** Con sustento en lo previamente expuesto, la Sala revocará la sentencia apelada y declarará la nulidad del acto acusado; en consecuencia, ordenará el reconocimiento y pago de las primas de actividad, anual de servicios, de navidad y vacacional, y el subsidio familiar a favor de la demandante a partir del 17 de febrero de 2000, fecha en la que ingresó al Ministerio de Defensa- Oficina del Comisionado Nacional para la Policía (suprimida), hasta el 22 de agosto de 2007, estando facultada la demandada para descontar las sumas de dinero que ya hubiese pagado por dichos conceptos. Adicionalmente se ordenará el reconocimiento y pago de las diferencias que resulten en la liquidación de las prestaciones percibidas por la demandante como consecuencia del impacto que sobre ellas pueda tener el reconocimiento de las primas de actividad, navidad y anual de servicios, vacacional y subsidio familiar que por esta sentencia se ordena. Y también se ordenará realizar las cotizaciones correspondientes al fondo de prestaciones sociales al que se encuentre afiliada la demandante”.

SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 110013335015201400485-01, SECCION SEGUNDA SUBSECCION “A”, MP. DR. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES – SEGUNDA INSTANCIA.



SECCIÓN SEGUNDA

ACCION DE TUTELA

DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL A LA PERSONALIDAD JURÍDICA / EXPEDICIÓN Y ENTREGA DEL DUPLICADO DE LA CÉDULA DE CIUDADANÍA – La falta de expedición oportuna del duplicado de la cédula de ciudadanía vulnera el derecho constitucional fundamental, al reconocimiento de la personalidad jurídica – Desarrollo Jurisprudencial – La contraseña solo sirve en algunos eventos como medio de identificación – La expedición de la contraseña no puede convertirse en justificación para no expedir con prontitud la cédula de ciudadanía – Término prudencial para el trámite, producción y entrega de la cédula de ciudadanía- Se ampara el derecho fundamental invocado.

Síntesis del caso: *Se contrae a determinar si la Registraduría Nacional del Estado Civil, vulneró los derechos fundamentales invocados por el accionante, al demorar de manera excesiva la expedición y entrega del duplicado de la cédula de ciudadanía.*

Extracto: “La Sala amparará el derecho a la personalidad jurídica del tutelante, toda vez que la Registraduría Nacional del Estado Civil no ha expedido ni entregado la cédula de ciudadanía al señor ..., pese a haber transcurrido más de un año desde que hizo la solicitud del trámite. En este caso, el actor afirma que solicitó el duplicado de su cédula de ciudadanía desde el 30 de enero de 2016, esto es, hace más de un año, y que si bien han habido inconvenientes con la toma de las huellas dactilares, lo cierto es que la demora excesiva para la entrega de ese documento le ha causado algunos problemas, tales como no poder afiliarse a salud, acceder a los programas destinados por el Distrito Capital para aquellas personas que se dedican al reciclaje y el derecho al sufragio, toda vez que no pudo participar del Plebiscito por la Paz llevado a cabo el 2 de octubre de 2016 (fl. 2)... Por lo tanto, esta Corporación advierte que a pesar de haber transcurrido más de un año, y la autoridad accionada no ha expedido el documento que le permite al actor identificarse y ejercer sus derechos civiles y políticos, sin duda alguna se vulnera el derecho constitucional de cualquier persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, ya que existe una falta de expedición oportuna del duplicado de la cédula de ciudadanía y, por ende, la actuación de la Registraduría Nacional del Estado Civil va en contravía de los principios que rigen la función administrativa, los cuales están consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, especialmente el de celeridad... Para la Sala si bien se cita como referencia la anterior sentencia -que es muy similar a la que trajo a colación la Registraduría Nacional del Estado Civil en su contestación a la tutela-, lo cierto es que no pueden ser de recibo los argumentos señalados por la accionada porque a pesar de que haya expedido una contraseña a favor del tutelante (fl. 23), que puede suplir en algunos casos las veces de la cédula de ciudadanía para efectos de identificación, tampoco es menos cierto que esa contraseña no puede de ninguna manera convertirse en la justificación para no expedir con prontitud la cédula de ciudadanía, documento al cual tiene derecho el actor... En conclusión, se están vulnerando los derechos fundamentales del demandante, porque tiene derecho a la expedición oportuna de la cédula de ciudadanía que es el documento esencial para su identificación, máxime si se tiene en cuenta que para el caso particular lleva más de un año desde que inició la solicitud y hasta el momento no ha obtenido su documento de identidad, superando ampliamente el término de los 3 meses. Así las cosas, la Sala ordenará al Registrador Nacional del Estado Civil, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, inicie o continúe los procedimientos requeridos para que en un término no superior a 20 días, expida y haga entrega del duplicado de la cédula de ciudadanía a...”.

SENTENCIA DEL 23 DE FEBRERO DE 2017, Exp AT. 2500023420002017-00481-00, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “D”, MP. DR. ISRAEL SOLER PEDROZA – PRIMERA INSTANCIA.



SECCIÓN SEGUNDA

DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES AL MÍNIMO VITAL Y PETICIÓN / DESEMBARGO CUENTA BANCO BBVA Y REEMBOLOS DE DINEROS PERCIBIDOS COMO CONSECUENCIA DE ASIGNACIÓN DE RETIRO –Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas – Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio – Requisitos que determinan si se está en presencia de una amenaza, o vulneración efectiva del derecho al mínimo vital – Eventos en que resulta afectado el derecho al mínimo vital- Sobre la protección especial de las sumas percibidas por los pensionados –Inembargabilidad de las pensiones /SOBRE EL DERECHO DE PETICION- Término de respuesta – Obligación de resolver de fondo, de manera clara y precisa, y de recibir notificación oportuna de la respuesta-Desarrollo Jurisprudencial.

Síntesis del caso: *Se contrae a establecer si se quebrantaron los derechos constitucionales fundamentales del actor, al mínimo vital, debido proceso y petición, como consecuencia del embargo decretado por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, sobre su cuenta bancaria, y la omisión en dar respuesta oportuna a la petición realizada.*

Extracto: “...En el caso bajo consideración, se tiene que (i) el señor jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas mediante Auto 5052 de 14 de septiembre de 2016 decretó «...el embargo de los dineros que reposen en las Cuentas de Ahorro, Corrientes, CDT y/o cualquier otro producto bancario de que sea titular [el accionante]...en la entidad financiera Banco BBVA...», (ii). Al tenor de lo expuesto, considera esta Colegiatura que la actuación desplegada por la autoridad demandada vulnera el derecho constitucional fundamental al mínimo vital del tutelante, debido a que el embargo de los recursos económicos que este percibe como consecuencia de su asignación de retiro, conforme al material probatorio aportado al plenario, transgrede los lineamientos de inembargabilidad de las pensiones, motivo por el cual se podría ocasionar un perjuicio irremediable al peticionario, puesto que su grupo familiar depende directamente de dicha prestación. Lo anterior, sin dejar de lado que la controversia planteada debe resolverse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra el Auto 5052 de 14 de septiembre de 2016, motivo por el cual se accederá al amparo deprecado pero de manera transitoria. Es preciso destacar que dentro del proceso contencioso administrativo y al momento de incoar la demanda respectiva, el accionante puede solicitar las medidas cautelares que considere pertinentes conforme a los artículos 229 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de «...proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia...»... En lo referente al término con que cuenta la Administración para emitir respuesta a las solicitudes como la incoada por el accionante el 29 de diciembre de 2016, el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que «Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción...»...En el caso bajo consideración, se tiene que ciertamente el tutelante formuló la solicitud relacionada con la acción objeto de estudio, y no existe evidencia, pese al tiempo transcurrido, aproximadamente dos (2) meses, de que a la fecha se haya dado respuesta de fondo a lo pedido. Así las cosas, considera la Sala que tal situación quebranta el derecho constitucional fundamental de petición del demandante, puesto que a la fecha se ha superado el término legalmente previsto para dar respuesta a este tipo de peticiones, es decir, quince (15) días para resolver o decidir de fondo la solicitud formulada por aquel...En tal sentido, esta Colegiatura estima pertinente ordenar a la mencionada autoridad que mantenga los dineros embargados en cumplimiento del Auto 5052 de 14 de septiembre de 2016, es decir, \$14.382.383.09, en la cuenta especial que creó con ocasión de este trámite constitucional, hasta que el juez competente de la jurisdicción contenciosa administrativa estudie la legalidad del referido acto administrativo que decretó la aludida medida cautelar. Asimismo, a partir de la notificación de esta sentencia, deberá abstenerse de embargar los dineros que reposen en las cuentas 400-201596 y 324-041243 correspondientes al accionante, comoquiera que con esta providencia se suspenden los efectos de manera transitoria del Auto 5052 de 14 de septiembre de 2016..”

SENTENCIA DEL 24 DE FEBRERO DE 2017, Exp AT. 2500023420002017-00527-00, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “B”, MP. DR. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN-PRIMERA INSTANCIA

SECCION SEGUNDA

DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES AL TRABAJO, A LA ESTABILIDAD REFORZADA Y DEBIDO PROCESO / REINTEGRO CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN -Fuerza Aérea Colombiana- Sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener reintegro laboral – Dimensión de la estabilidad reforzada como derecho fundamental de los trabajadores – Situaciones de debilidad manifiesta -Alcance de la protección para los trabajadores con afecciones de salud que no constituyen discapacidad – Sobre el despido laboral cuando el trabajador se encuentra en periodo de incapacidad laboral o tratamiento médico – Límites que impone la Constitución y la Ley a favor de los sujetos de especial protección - Desarrollo Jurisprudencial.

Síntesis del caso: Se trata de determinar si resulta procedente la acción de tutela para solicitar el reintegro laboral de la accionante, quien fue declarada insubsistente en cargo de libre nombramiento y remoción, como Auxiliar de Servicios Generales, grado 9, de la Fuerza Aérea, sin tener en cuenta su estado de debilidad manifiesta, por afecciones de salud.

Extracto: “...De lo señalado con anterioridad, se evidencia que aun la accionante padece de afecciones de salud, máxime si se tiene presente que los períodos discontinuos de incapacidad fue por un término bastante prolongado, por lo que puede entenderse que es una situación que amerita cierta atención y, que por ende, la señora... aun no se ha recuperado y que sus afecciones de salud persisten hoy por hoy. Además, pone de presente la Sala, que si bien la Fuerza Aérea Colombiana en su contestación a la tutela manifestó que no se acreditaba la existencia de un perjuicio irremediable toda vez que la tutelante devenga el 30% del subsidio familiar del señor ... (fl....), lo cierto es que para esta Subsección no es razón suficiente para tener por considerado que con ese porcentaje (que no se señala el valor en pesos ni del subsidio ni del salario que percibe el señor .. pueda la tutelante atender sus necesidades para su sostenimiento, y en esas condiciones no es fácil ingresar nuevamente al mercado laboral teniendo en cuenta que se trata de una persona que está próxima a cumplir 51 años, y al ser retirada de su trabajo en tales circunstancias, queda totalmente desprotegida... Es de aclarar, que si bien la accionante se desempeñaba en un cargo de libre nombramiento y remoción, lo cierto es que al ser retirada del servicio sin mayores explicaciones, terminó excediendo los límites que impone la Constitución y la ley sobre un sujeto de especial protección, teniendo en cuenta las particulares condiciones de salud de la señora ..., lo que denota que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, razón por la cual, para la Sala es claro que la Fuerza Aérea Colombiana al expedir la Resolución No. 887 de 30 de diciembre de 2016 desconoció el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la tutelante. Por todo lo anterior, esta Subsección amparará los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y al debido proceso de la señora ...y, en consecuencia, ordenará a la Fuerza Aérea Colombiana el reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno que sea compatible con las condiciones de salud en las que se encuentra, teniendo en cuenta las recomendaciones laborales que indicó en su momento la EPS Famisanar, para lo cual, si lo considera pertinente, podrá realizar las valoraciones médicas que crea necesarias, y donde la demandante deberá permanecer por lo menos mientras subsistan condiciones de salud semejantes a las anotadas...”

SENTENCIA DEL 2 DE FEBRERO DE 2017, Exp AT. 2500023420002017-00148-00, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “D”, MP. DR. ISRAEL SOLER PEDROZA- PRIMERA INSTANCIA.

SECCION TERCERA

ACCION DE TUTELA / DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD, VIDA DIGNA Y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – Dirección de Sanidad Ejército Nacional / DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL – Rechaza por improcedente la acción de tutela en cuanto a la definición del Tribunal Medico Laboral y el retiro laboral del Demandante

Síntesis del Caso: El señor (...), presentó tutela para proteger los derechos fundamentales mencionados, que aduce vulnerados por la accionada al retirarlo del servicio como soldado profesional, a pesar de tener pérdida de capacidad laboral derivada de las lesiones sufridas en el servicio activo. Por lo anterior, solicitó: Que se le conceda a su favor el amparo al derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y para tal fin se le brinden las condiciones necesarias y acordes a su calidad de orgánico del Ejército, valorando el real estado de salud mediante una nueva junta médico laboral, donde se integre los conceptos de los demás especialistas. Se le reintegre al trabajo, garantizando sus condiciones laborales.

Extracto. “Respecto de la procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativo en sentencia T-542 de 2014, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, la Corte Constitucional manifestó: (...) La acción de tutela como mecanismo subsidiario y residual, solo procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto, cuando se demuestre un perjuicio irremediable, de lo contrario la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho. Igualmente, la tutela no puede presentarse para solicitar el reintegro a cargos públicos, salvo que el retiro haya dejado a la persona en una situación de debilidad manifiesta o de indefensión, evento en el que procederá este mecanismo de protección de manera transitoria. Del derecho a la salud y seguridad social: El sistema de seguridad social en salud de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, es un régimen especial creado en desarrollo del artículo 217 de la Constitución Política, regulado bajo un esquema distinto e independiente por disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en atención a las condiciones laborales especiales de los miembros de la Fuerza Pública. Por tal razón, quienes prestan o han prestado su servicio activo en las Fuerzas Militares, deben recibir atención médica integral por parte de dicho sistema. En este caso, la sala presume veraz la afirmación del señor (...), en cuanto a la aludida suspensión de los servicios de salud de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, debido a que la accionada no rindió el informe correspondiente. Asimismo, se infiere su ocurrencia, pues él no tiene la calidad de afiliado, ya que no se encuentra activo en el servicio, ni goza de asignación de retiro. La Sala resalta que si bien el accionante sufrió una lesión en su muslo izquierdo durante el servicio, es claro que de acuerdo con la valoración médico laboral, esta lesión fue calificada de origen, común ocurrida en el servicio pero no por causa y razón del mismo. Y aunque otra secuela producto de otra patología (Leishmaniasis) fue calificada de origen profesional, la misma no amerita continuidad en atención de salud. Por tal razón, la sala denegará la solicitud del accionante referida a que se reactive la prestación de los servicios de salud, debido a que su lesión fue calificada como enfermedad común, y no por secuelas adquiridas con ocasión del servicio, situación que no enmarca en ninguna de las excepciones ya indicadas como fundamento del principio de continuidad en salud”.

SENTENCIA DEL 18 DE ENERO DE 2017, Exp. 250002336000- 20160256000, SECCION TERCERA -SUBSECCION “A”, MP. DRA. BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA – PRIMERA INSTANCIA.



SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA – Responsabilidad Extracontractual del Estado/ Nación – Fiscalía General de la Nación / ANTIJURICIDAD DEL DAÑO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD- No se desvirtúa por no haberse promovido recurso en proceso penal - El Daño Moral- Prueba en contrario en medio hermano.

Síntesis del caso: La controversia gravita en torno a la responsabilidad patrimonial de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios irrogados a los accionantes con ocasión de la privación de la libertad de la señora (...), en el lapso comprendido del 28 de marzo de 2006 al 11 de julio de 2008, con ocasión a medida de seguridad de detención preventiva impuesta dentro de proceso en el que resultó absuelta por no serle imputable el hecho punible. Suscita porque la accionada esgrime en su defensa, culpa exclusiva de la víctima, por no haber promovido recurso o incidente de nulidad contra la medida de aseguramiento.

Extracto : Régimen de responsabilidad patrimonial aplicable en privación injusta de la libertad, en el evento de fallo absolutorio por no imputabilidad del hecho al sindicado. En abordamiento del tópico precisa indicar, que no ha sido unánime la doctrina del Consejo de Estado, en materia de responsabilidad patrimonial por privación injusta de la libertad, y la fisura se suscita, contrastada la pluralidad de causales que contempla el procedimiento penal para proferir fallo absolutorio. Se declarará la responsabilidad de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por el daño antijurídico cuya indemnización se reclama. En órbita de la responsabilidad patrimonial de la accionada por el evento de privación injusta de la libertad, parte la Sala por precisar, con respecto a la carga probatoria de la demandante, que le corresponde acreditar los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber: el daño antijurídico y su imputación a las accionadas; en contraste, corresponde a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, la concurrencia de evento que rompa el nexo causal o de excluyente de responsabilidad, en el *sub-lite*, la pasiva, invoca la legalidad de su actuación al imponer la medida de detención preventiva entre el lapso de tiempo comprendido desde el 28 de marzo de 2006 al 11 de julio de 2008. Como se trató de una imputación penal contra la señora (...), que culminó con sentencia absolutoria a su favor por no haberse probado con lo obrante en el expediente penal, que esta sindicada hubiese participado en la comisión de los ilícitos por los que se le inculpaban; es decir, que debido a que la sindicada no incurrió en los tipos penales por los que se le acusó, y teniendo en cuenta que la entidad demandada se abstuvo de demostrar que la privación de la libertad del demandante hubiera ocurrido como consecuencia de que la misma víctima se hubiese puesto en situación para ello; entonces la Sala concluye que en el presente caso se dan todos los presupuestos para que pueda predicarse responsabilidad a cargo de la parte demandada, a la cual le son imputables los perjuicios padecidos como consecuencia de la medida judicial, en cuanto que la privación de la libertad fue una carga que la señora (...) no estaba obligada a soportar. Así las cosas, encuentra demostrada la configuración de un daño antijurídico por la privación de la libertad de la que fue objeto la señora (...), por periodo de dos (2) años, tres (3) meses y catorce (14) días, comprendidos del 28 de marzo de 2006 al 11 de julio de 2008; de la que derivaron perjuicios tanto para aquella, como víctima directa, como de su familia próxima, toda vez que de acuerdo a las reglas de la experiencia, del parentesco se infiere el sentimiento de pena por la detención propia y la de un familiar cercano. La responsabilidad patrimonial por el daño derivado de la privación injusta de la libertad de la señora (...), es imputable a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, pues fue en virtud de las decisiones de sus agentes que tuvo causa el hecho dañoso, consistente en la privación de la libertad de esta demandante. En conclusión, se logró establecer probatoriamente que la señora (...) fue privada de la libertad injustamente, por hechos imputables a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y de contera, le corresponde asumir los perjuicios causados a los demandantes, que se encuentren debidamente probados. Ahora bien, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos probados en este asunto, como es la privación injusta de la libertad al cual fue sometida la señora (...), sin que existiera dentro del proceso penal en el cual se ordenó la captura y posteriormente, la detención preventiva sin beneficio de excarcelación, prueba alguna que acreditara su coautoría en los delitos por los cuales se le inculpaban, hechos estos con los cuales se trasgredió sus derechos fundamentales de la libertad, como el de la presunción de inocencia, la honra y el buen nombre, por un tiempo superior a dos (2) años. Lo anterior, es más que suficiente para que en este asunto, se adopten medidas cuyo objeto sea el de reparar de manera integral el daño irrogado a los demandantes, constituyendo aquél, no sólo los perjuicios materiales e inmateriales que tienen repercusión patrimonial y que ya fueron analizados en esta providencia, sino que ante las graves y significativas vulneraciones a los derechos humanos de los demandantes (como fueron los derechos fundamentales de libertad, presunción de inocencia, honra y buen nombre); se dispondrá de las siguientes medidas: (...) Como medida de satisfacción, se dispondrá que en el término de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, el FISCAL GENERAL DE

SECCION TERCERA

LA NACIÓN, realice un acto solemne de presentación de excusas públicas a la señora (...) y a su grupo familiar, por haber trasgredido con ocasión de la privación injusta de la libertad de esta persona, sus derechos a la libertad personal, al debido proceso, a la presunción de inocencia, al buen nombre y la honra; para la realización de dicho acto solemne, se recomienda la participación de medios de comunicación nacional (radio, prensa, televisión, etc.). Como garantía de no repetición, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN remitirá a todas y cada una de las Unidades de Fiscalías Especializadas y a los Juzgados Penales del Circuito del país, copia íntegra de esta providencia, con miras a que sirva como medio de capacitación y prevención de este tipo de circunstancias.

SENTENCIA DEL 8 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 250002326000201000698-01, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”. MP. DRA. MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO – PRIMERA INSTANCIA.



SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA / Responsabilidad Solidaria Administrativa y Patrimonial de la Nación – Presidencia República- DAS – Ministerio de Hacienda – UIAF y otros / CHUZADAS / FALLA EN EL SERVICIO POR INTERCEPTACIONES ILEGALES – Elementos de responsabilidad patrimonial del Estado– Títulos jurídicos de imputación y Régimen aplicable al sub-judice– Falla en el servicio – Presupuestos de Responsabilidad en el sub-lite.

Síntesis del caso: La controversia gravita en torno a la responsabilidad patrimonial de NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS, y otros, por los perjuicios morales y daño a la vida de relación derivados para el accionante, teniendo como causa, la presunta falla en el servicio por interceptaciones ilegales, monitoreo a la vida privada, campaña de desprestigio, supresión y sabotaje entre otros, desde el año 2000 hasta el 2009. Suscita porque la pasiva refuta en oposición, no encontrarse probado el daño irrogado y no haber incurrido en la falla en el servicio del que se alega derivó aquel. (subrayado del texto original).

Extracto: Elementos de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. Desde el advenimiento de la Constitución de 1991, la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, encuentra su cimiento en el artículo 90 Superior, conforme al cual, el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, y en marco de la misma, la subregla edificada por el Consejo de Estado, en convergencia con la la Corte Constitucional, determina como elementos indispensables para imputar responsabilidad patrimonial al Estado: (i) el daño antijurídico y (ii) su imputabilidad a entidad de derecho público. (...) Ello es, (i) el hecho, (ii) el daño, y (iii) el nexo causal entre uno y otro. De forma que el juzgador además de constatar la antijuridicidad del daño, debe elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico, no la mera causalidad material, para deducir la responsabilidad patrimonial del Estado. En voces del órgano de cierre de ésta jurisdicción, debe establecer la *imputatio juris* y la *imputatio facti*. (...) Títulos jurídicos de imputación y régimen aplicable al sub-lite. Abordando la determinación del régimen responsabilidad aplicable al caso concreto, es de señalar, sin óbice del principio IURA NOVIT CURIA, que en tesis de la demanda, el título de imputación en el de falla en el servicio, y en criterio de esta Sala resulta acertado, contrastado que los perjuicios de los que se pretende indemnización, conforme reseña aquella, devinieron por causa de la irregularidad en que incurrieron las demandadas al efectuar acciones ilegales en contra del demandante, en aras de desprestigiarlo. Presupuestos de Responsabilidad en el sub-lite. No se encuentra probado el daño antijurídico que se alega irrogado. Es así que realizada la valoración probatoria, tal y como se señaló en el acápite de hechos probados, la decisión condenatoria por concepto de interceptaciones ilegales, corresponden de manera exclusiva a los servidores públicos (...) – Magistrado Auxiliar de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y (...), Directora Nacional de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, sin que se haga relación alguna respecto del aquí demandante. Ahora bien, no desconoce esta Corporación la existencia de nota periodística que hace relación al aquí demandante (...), sin embargo, dicha nota periodística tal como se señaló en el acápite de pruebas de esta providencia, da cuenta únicamente de la existencia de la información y que la noticia fue publicada, sin que constituya por sí sola un medio idóneo que acredite la veracidad de su contenido. De forma que conforme aducen las accionadas, no encuentra probado que el aquí accionante, fue víctima de interceptación ilegal, ni ninguna otra de las conductas que invoca como hecho dañoso, y en este orden de ideas, el dolor moral que afirman en sus testimonios los señores (...), sufrió el doctor (...) y su núcleo familiar, tuvo causa en la referida crónica periodística. Al no contar con medios probatorios idóneos que acrediten que en efecto el doctor (...), fue víctima de interceptaciones ilegales, indebido monitoreo a su vida privada, injusta campaña de desprestigio, sabotaje u otros actos de indebida persecución por parte de agentes de las entidades demandadas, no se encuentra probado el primero de los presupuestos necesarios para estructurar la responsabilidad patrimonial del Estado, a saber y conforme decantó al abordar las premisas normativas, la existencia de daño antijurídico. Contingencia de la que precisa señalar, origina en omisión del accionante y torna infundada la réplica de falla en el servicio y el nexo causal. En este orden de ideas, se precisa por esta Sala de Decisión, que conforme al artículo 177 del C.P.C., retomado en el artículo 167 del CGP, la carga de la prueba compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte; por lo tanto, incumbía al aquí accionante, demostrar por los medios legalmente dispuestos para tal fin, los hechos que sirven de fundamento fáctico a su demanda, y la mera afirmación de los mismos es insuficiente, al igual que la reseña que se haga en crónicas periodísticas. Por cuanto es necesario establecer cuál es la actividad del ente demandado que guarda el necesario nexo de causalidad con el daño y que permite imputarle responsabilidad patrimonial. Requerimiento que en el presente asunto no se satisfizo y que reitera era de cargo del accionante, en secuencia en la cual, la eventual duda se resuelve en contra de la parte que tenía la carga de probar, y por tanto, como el accionante no cumplió con la carga probatoria mínima que le era exigible, relativa principalmente a acreditar el daño antijurídico causado y su imputabilidad a las accionadas, se impone a la Sala negar las suplicas de la demanda. Aunado al evento de subsanar el esquema fáctico de la demanda en régimen de riesgo excepcional, por razón de las calidades y decisiones adoptadas por el accionante, asume irrefutable que tenía la carga de probar que el riesgo se concretó en su persona, y no la satisfizo.

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2017, Exp. 250002326000201100688-01, SECCION TERCERA SUBSECCION "C", MP. DRA. MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO-PRIMERA INSTANCIA.

SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA / RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PATRIMONIAL DEL ESTADO – Por perjuicios causados a la parte demandante con ocasión de accidente de tránsito de vehículo oficial por exceso de velocidad / RIESGO EXCEPCIONAL – Los elementos de la Responsabilidad del Estado – Responsabilidad del Estado por daños causados con el ejercicio de actividades peligrosas – Primera Instancia.

Síntesis del caso: “El señor (...) solicitó la declaratoria de responsabilidad del MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA –DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS, con la consiguiente condena al pago de los perjuicios materiales, morales y por daño a la vida de relación que le fueron ocasionados con el accidente de tránsito provocado con un vehículo oficial, acaecido el 15 de julio de 2008”.

Extracto: Los elementos de la responsabilidad del Estado. Conforme lo dispuesto en el artículo 90 constitucional, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. En efecto, dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, patrimonial o moral, que el demandante no tenía por qué soportar; y ii) la imputación del mismo a la administración, “sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad”, entendida esta como la “atribución de la respectiva lesión”. Responsabilidad del Estado por daños causados con el ejercicio de actividades peligrosas. En concordancia con lo anterior, pueden presentarse eventos en los cuales el daño es ocasionado con vehículos automotores de propiedad o bajo la guarda de una entidad estatal. En este contexto, el Consejo de Estado ha determinado que el título de imputación a aplicar por excelencia es el de riesgo excepcional, como quiera que se trate de una actividad peligrosa, así: (...) Conforme a lo descrito en el informe de accidente de tránsito que sobre los hechos obran en el plenario, es palmario concluir que el conductor del vehículo oficial no vio al motociclista que transitaba sobre la vía, por lo que no cabe duda alguna respecto de la materialidad del accidente y la persona que lo ocasionó, sin que sea necesario entrar a indagar sobre las circunstancias en las que el vehículo oficial conducía dicho automotor, esto es, sobre la legalidad o legitimidad con la que el señalado ciudadano conducía en automotor oficial, pues no es materia de prueba en el marco del título de imputación aplicable al caso concreto. (2,9, 2.31, 2.33, 2.34). (...) Claramente, se observa que la conducta desplegada por el conductor del vehículo oficial fue la causante del accidente que le provocó las lesiones al señor (...), pues así lo indicaron los testigos presenciales del accidente, cuyas declaraciones obran en el plenario, y que analizadas en conjunto con las historias clínicas allegadas al proceso, permiten tener certeza sobre la materialidad de la acción y las consecuencias de ésta. (2.31, 2.33, 2.34). (...) Atendiendo al régimen de responsabilidad que gobierna la materia, es a la Entidad demandada a quien correspondía demostrar, mediante pruebas legales y regularmente allegadas al proceso, si se había dado algún supuesto de hecho que pudiese desvirtuar la conexidad entre la lesión y la conducta desplegada por el agente que en desarrollo de una actividad peligrosa, con el ánimo de enervar su responsabilidad, a través de una causa extraña, como la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, lo cual no aconteció en el sub lite, por lo tanto, se impone la declaratoria de responsabilidad administrativa y patrimonial. (...) En este punto, es importante entrar a analizar la imputación jurídica del daño, y su acreditación a partir de las pruebas que reposan en el plenario. Al respecto, resulta relevante analizar los argumentos de defensa deprecados por el Ministerio del Interior y de Justicia, quien asegura no tener responsabilidad en los hechos por los cuales se le endilga responsabilidad. (2.1, 2.2, 2.6, 2.7, 2.8, 2.29). (...) Sobre el particular, es preciso tener en cuenta que si bien, no cabe duda sobre la propiedad del vehículo oficial respecto de dicho Ministerio, tampoco puede desconocerse que en virtud del contrato de Comodato No. 003 fechado del 26 de diciembre de 2007, la guarda material y legal del mencionado automotor se encontraba en cabeza del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD –DAS, lo que permite concluir que es a ésta última Entidad a quien corresponde asumir la responsabilidad aquí endilgada. Lo cual no acontece, respecto del MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Superado el análisis de los elementos determinantes de responsabilidad en el caso concreto, la Sala continuará con el estudio de la indemnización solicitada en la demanda. Reconocimiento e indemnización de perjuicios.(...)

SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 250002326701201000731-01, SECCION TERCERA SUBSECCION “C”, MP. DR. JOSE ELVER MUÑOZ BARRERA,- PRIMERA INSTANCIA.

SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL REPETICIÓN / CONDENA IMPUESTA MEDIANTE SENTENCIA DE REPARACIÓN DIRECTA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA – Por accidente de tránsito en el cual se vio involucrado un miembro activo de la Policía –Requisitos de procedibilidad de la Acción de Repetición. Accede a pretensiones de la demanda y reduce condena en virtud de la concurrencia de culpas (Artículo 16 Ley 446 de 1998).

Síntesis del caso. Debe determinar la Sala, si el señor (...) es responsable patrimonialmente frente al Estado, por los hechos acaecidos en el accidente de tránsito de fecha 21 de diciembre de 2002, los cuales dieron origen a un reconocimiento indemnizatorio por parte de la entidad accionante, proveniente de una condena. Así mismo, si hay concurrencia de culpas.

Extracto: “ Los requisitos de procedibilidad de la acción de repetición. La Corte Constitucional, ha sostenido que la acción de repetición se encuentra supeditada a la observancia de los siguientes requisitos, (i) que la entidad pública sea condenada por la jurisdicción contencioso administrativa para efectos de reparar los daños con ocasión de una acción u omisión de un particular; (ii) que se demuestre que el daño se produjo a raíz de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; y (iii) que la entidad condenada haya realizado el pago de la suma de dinero.(...) En este orden de ideas, conforme a las pruebas antes referidas, se logró demostrar que la ocurrencia de los hechos se presentó por el exceso de velocidad que llevaba el demandado al acercarse a una intercepción y en no detenerse cuando la señal de tránsito lo ordenaba, por lo que se colige que este vulneró de manera clara e inexcusable la norma de tránsito (artículos 74 y 118 de la Ley 769 de 2002) lo que infiere que su conducta es gravemente culposa, en aplicación al artículo 6 de la Ley 678 de 2001.No obstante, esta Sala advierte que, en el caso en concreto, no solo la responsabilidad radica en el actuar del demandado, pues también existe responsabilidad por parte de la entidad accionante, toda vez que, ella se encontraba a cargo de la actividad peligrosa como lo era la conducción del vehículo oficial de la Policía, sobre este tema se “... ha señalado que tratándose de la producción de daños originados en el despliegue –por parte de la entidad pública o de sus agentes– de actividades peligrosas, como lo es la conducción de automotores, es aquel a quien corresponde jurídicamente la guarda de la actividad quien quedará obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen por la realización del riesgo creado”, en este sentido y bajo este parámetro de responsabilidad, correspondía a la Policía Nacional, verificar que la persona designada para prestar el servicio como conductor del vehículo oficial, estuviera en adecuadas condiciones físicas y mentales, de tal forma que fuere apto e idóneo para prestar este servicio. (...) En sub-examine, se encuentra probado que el demandado efectivamente había empezado a laborar desde las 9:00 P.M, cuando comenzó su turno, lo que indica que al momento del accidente de tránsito llevaba toda la noche trabajando, razón por la cual, si a la madrugada aproximadamente a las 5:00 A.M del día siguiente, iba a ser puesto a realizar esa actividad peligrosa, era necesario, que previo a ejecutarla se verificara por parte de la Policía Nacional, que el patrullero se encontraba en buenas condiciones físicas para prestar este servicio de conducción, situación que no ocurrió en el presente caso, como quiera que el señor Subteniente (...), superior del hoy demandado, en ningún momento manifestó haber tomado algún tipo de previsión o realizado algún tipo de valoración al conductor para efectos de llevar a cabo las labores encomendadas. (...) Entonces, la entidad accionante también está llamada a responder pues ella como creadora del riesgo, debía implementar todo lo necesario para efectos de asignar un conductor que se encontrara en perfectas condiciones físicas para conducir el vehículo, este argumento se refuerza con lo sostenido en la sentencia de acción de reparación proceso No. 2004-0763 cuando se señala que existió por parte de la entidad una falla en el servicio en el ejercicio de una actividad peligrosa al asignar el conductor del vehículo de la Policía. Máxime si tenemos en cuenta que la relación entre el agente de policía y el superior es de naturaleza jerárquica y obediencia, sin que pueda aquél controvertir o deliberar sobre la orden que se le imparte. (...) Por otro lado, no comprende la Sala por qué la entidad accionante en los procesos de reparación directa Nos. 2004-585 y 2004-763, los cuales dieron origen a la condena objeto de la presente repetición, no utilizó la póliza respectiva, llamando en garantía a la aseguradora, para efectos de que esta respondiera por los daños ocasionados con el vehículo de propiedad de la Policía Nacional, esto, bajo el entendido que todos bienes del estado deben estar amparados por una póliza de seguros o un fondo especial creado para para tal fin circunstancia que posiblemente hubiese reducido el total a pagar a cargo de la entidad pública. Así las cosas, se puede concluir que al existir responsabilidad tanto de la entidad accionante como del ex patrullero demandado, se presenta el fenómeno jurídico de concurrencia de culpas, razón por la cual, se deberá cuantificar el monto de la condena, teniendo en cuenta la participación del agente estatal en la producción del daño. De la condena.

SECCION TERCERA

El artículo 14 de la Ley 678 de 2001, señala que el monto de la condena se cuantificará atendiendo el grado de participación de los agentes en la producción del daño, culpa grave o dolo y a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso. En el caso en concreto, revisado las pruebas obrantes en el proceso, se tiene que el demandado (...), frente al accidente de tránsito acaecido el 21 de diciembre de 2002, fue responsable de los daños ocasionados en el mismo a título de culpa grave, sin embargo, también, se encuentra que existe responsabilidad por parte de la entidad accionante, como se dijo anteriormente, en este sentido al existir concausa o concurrencia de culpas se deberá realizar la cuantificación de la condena. Así las cosas, teniendo en cuenta que el accidente de tránsito ocurrido el 21 de diciembre de 2002, no fue únicamente con ocasión de la vulneración por parte del patrullero de las normas de tránsito, sino también, por parte de la administración, ya que esta como creadora del riesgo, debía implementar todo lo necesario para efectos de asignar un conductor que se encontrara en perfectas condiciones físicas para conducir el vehículo, se reducirá la condena en virtud de la concurrencia de culpas antes citada y a la luz de un criterio de equidad (artículo 16 Ley 446 de 1998) se fijará en un 30% con cargo al hoy demandado y 70% a la administración”.

SENTENCIA DEL 18 DE ENERO DE 2017, Exp. 250002326000201101272-01, SECCIÓN TERCERA SUBSECCION “C”, MP. DR. JOSÉ ELVER MUÑOZ BARRERA-PRIMERA INSTANCIA.



SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA / Responsabilidad Extracontractual del Estado - E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGA / FALLA EN EL SERVICIO MEDICO – De la inexistencia de la falla del servicio médico alegada en el caso concreto .

Síntesis del caso : *Se trata de resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante en el cual no presentó ninguna inconformidad frente al régimen de responsabilidad bajo el cual el Juez de Primera Instancia sometió el análisis del presente caso, de manera que por parte de la Sala no habrá ningún pronunciamiento respecto al mismo. Alude que el Juez de primera instancia no valoró en su totalidad los medios de prueba practicados en el proceso, especialmente las testimoniales y el dictamen pericial, puesto que de haberlos valorado en debida forma, otra hubiera sido la decisión. Por su parte, el Juez de Primera Instancia consideró que no se probó la falla del servicio que se le imputó a la entidad demandada y por el contrario, se demostró la apropiada atención médica; donde no se presentó ninguna omisión por parte de la entidad demandada y por esto, no procede la imputación*

Extracto: “Parte la Sala por precisar, que el recurrente, no presentó ninguna inconformidad frente al régimen de responsabilidad bajo el cual el Juez de Primera Instancia sometió el análisis del presente caso, de manera que por parte de la Sala no habrá ningún pronunciamiento respecto al mismo.(...)De manera que conforme al material probatorio alegado al proceso, la Sala determinará si se presentó alguna falla en la prestación del servicio médico, constituyendo este hecho la causa del daño aducido y que por lo tanto, de lugar a la declaratoria de responsabilidad.De la inexistencia de la falla del servicio médico alegado en el caso concreto:De conformidad con el material probatorio al que se ha hecho referencia, la Sala no encuentra demostrada la falla del servicio médico prestado por la ESE - HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGA a la demandante (...), por el contrario, se destaca conforme lo consignado en la historia clínica: (...)Que en la intervención quirúrgica practicada a la demandante se observaron todos los protocolos para la intervención, así como la profilaxis antibiótica requerida para la cirugía de la paciente (...), además que se le suministró un antibiótico profiláctico como medida adicional de protección. (...) Tampoco se encuentra registrado que la demandante hubiera presentado alguna complicación o signo de infección, durante el post-operatorio y su permanencia en el Hospital San Rafael de Fusagasugá y que de acuerdo a la historia clínica, fue de catorce (14) días. Por el contrario se extrae de la Historia Clínica: “*Paciente termodinámicamente estable, sin signos de infección con disminución del dolor*” y la misma constancia se deja al darse de alta.(...) Además se tiene del registro del primer control, realizado el 17 de febrero de 2010 que la “*Herida quirúrgica*”, no presenta “signos de infección o sangrado, con buena percusión distal”. (...)En el control del 24 de febrero de 2010, le fueron ordenados unos antiinflamatorios. Según se indica, como medida preventiva y como plan de manejo, ante las curaciones y la remoción de los vendajes, frente a los cuales el propio médico tratante indica, no había sido autorizadas. (...)En el control realizado a la paciente el 10 de marzo de 2010, se registra “*...herida en buen estado, sin secreción...*”. (...)Se demuestra que el tratamiento ordenado por la E.S.E. - HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGA, fue oportuno y adecuado a los síntomas de la paciente, además que la señora (...) respondió positivamente a los medicamentos suministrados por el médico tratante.(...)El cuadro infeccioso que presentó la demandante (...), registra su inicio prácticamente un mes después de la intervención quirúrgica y luego de dos controles con el médico tratante, en los cuales se evidenció y así se dejó consignado en la Historia Clínica, que la herida estaba en buen estado y sin signos de infección. De manera que conforme lo argumenta el *a quo*, no se encuentra demostrada la falla del servicio imputada, así como tampoco el nexo causal, entre la atención medica brindada y la infección sufrida por la

SECCION TERCERA

demandante, pues si bien, producto del cuadro infeccioso padecido por la señora (...) un mes después de habersele practicado una cirugía el 10 de febrero de 2010, se derivó la osteomielitis crónica, también lo es, de las pruebas relacionadas, que no se probó que fueran causa del servicio médico prestado por la ESE - HOSPITAL SAN RAFAEL DE FUSAGASUGÁ. (...) Por lo tanto, no encuentra la Sala los elementos probatorios que demuestren que la infección fue adquirida en el centro hospitalario donde se practico la cirugía.(...) En ese orden de ideas, al no encontrarse demostrada la presunta falla en la prestación del servicio médico brindado por la entidad demandada, atendiendo la totalidad de las pruebas aportadas, tanto las allegadas por la parte actora, como las aportadas por la entidad demandada, esta Sala confirmará la decisión de primera instancia de negar las pretensiones de la demanda”.

SENTENCIA DEL 16 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 2012-066, SECCION TERCERA SUB-SECCION “A”, MP. DR. JUÁN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ- SEGUNDA INSTANCIA.



SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DE DIRECTA / Responsabilidad Administrativa y Extracontractual del Estado – Defensoría del Pueblo – FALLA EN EL SERVICIO- Perjuicios materiales y morales causados por la Defensa anti técnica e inadecuada de derechos laborales del actor dentro del trámite de demanda ordinaria laboral – Demostración de la falla / Del daño antijurídico en el caso concreto.

Síntesis del caso: Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en el que se encuentra centrada en el análisis probatorio efectuado por el a quo y en las conclusiones a que llega para negar las pretensiones de la demanda, especialmente lo referido a indicar, que en el presente caso, la responsabilidad que pudo haberse presentado resulta imputable a la Rama Judicial, quien no es parte dentro del presente proceso y respecto a quien no se elevó ninguna pretensión. De manera que el problema jurídico en ésta instancia radicará en determinar, si se encuentra demostrado dentro del plenario los supuestos fácticos señalados por el recurrente, así como la falla del servicio imputada a la Defensoría del Pueblo, para definir si la entidad demandada, compromete su responsabilidad extracontractual cuando asume la defensa jurídica de un ciudadano y el proceso culmina, con la declaratoria de oficio de la falta de legitimación de quien se demandó.

Extracto: (...) “ En este orden de ideas, la responsabilidad de la entidad demandada, será analizada bajo el régimen general de la falla del servicio, caracterizada por la coexistencia de: una falla o falta en la prestación del servicio (por omisión, retardo, irregularidad, etc.), un daño antijurídico y, un nexo causal entre el daño y la conducta de la Administración; donde la carga de la prueba de los anteriores elementos corresponde a la parte actora. DEMOSTRACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO.-DEL DAÑO ANTIJURÍDICO EN EL CASO CONCRETO: De la falla del servicio de la Defensoría del Pueblo configurada en la falta de defensa técnica y adecuada de los derechos laborales dentro del trámite de la demanda ordinaria (laboral) radicada con el No. 11001-31-05-005-2005-00497-01.(...)De conformidad con las pruebas allegadas al proceso se encuentra plenamente establecida la existencia del daño por cuya indemnización se demanda, esto es, la declaratoria de oficio de la falta de legitimación en la causa por pasiva, en el proceso ordinario laboral, instaurado por (...) en contra del Ministerio de la Protección Social y el Fondo de Solidaridad Pensional del Ministerio de la Protección Social, sin que se hubiera obtenido una decisión de fondo a las pretensiones, en razón a que no fue demandado, en el trámite de la demanda, el Instituto de Seguros Sociales. (...) (..)De lo anterior, para la Sala, los supuestos analizados anteriormente, no configuran la falla en el servicio imputada en contra de la Defensoría del Pueblo y que el daño sea antijurídico, por cuanto: Las obligaciones de la Defensoría se concretaban en: - Ejercer una defensa técnica, idónea y oportuna; - Verificar el respeto de los derechos humanos, así como el cumplimiento de las garantías judiciales por parte de las autoridades en los procesos a su cargo; -Asumir con atención y diligencia hasta el final del proceso y la representación judicial o extrajudicial en los asuntos asignados por el Sistema Nacional de Defensoría Pública; - Guardar absoluta reserva y secreto sobre los hechos, informaciones o cualquier dato o evidencia conocidos en el ejercicio de su labor, salvo las excepciones establecidas por la ley.(...) Teniendo en cuenta la función cumplida por la demandada, en el trámite de la representación del señor (...) en las diferentes acciones judiciales analizadas, se hizo atendiendo los deberes que le son propios y en consideración a las normativas vigentes para la fecha de los hechos. En este caso, a pesar del resultado de las decisiones adoptadas dentro del trámite del proceso laboral, en la presente acción contenciosa administrativa, de las pruebas aportadas al proceso, no se demuestra la responsabilidad de la Defensoría del Pueblo; así como tampoco, que la actuación de la misma, haya sido negligente, descuidada o imprudente en relación con la defensa de los intereses del demandante (...).De las actuaciones judiciales se observa la debida diligencia con la que fue adelantada cada actuación, a punto de explicarse razonada y jurídicamente los argumentos por las cuales la demanda no fue presentada en contra del Instituto de Seguros Sociales y que guardaban relación con las propias pretensiones de la demanda.Por otro lado, no puede declararse la responsabilidad de una entidad y condenarse judicialmente a la misma, por las interpretaciones o decisiones adoptadas dentro del trámite de un proceso; por otro lado, en casos como el que se ventiló ante la jurisdicción ordinaria (laboral), no se demostró que efectivamente se requería de un nuevo reconocimiento o que tuviera derecho al retroactivo reclamado; de manera que si en gracia de discusión se aceptara la existencia de la falla del servicio, no puede en el caso concreto hablarse de un daño cierto y determinar si en este tipo de pensión se aplica la retroactividad o si requiere de un nuevo reconocimiento, escapa de la esfera de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.Resulta necesario concluir entonces, que las pretensiones del actor en contra de la Defensoría del Pueblo, no tienen la vocación de prosperidad, por no encontrarse probados los supuestos de hecho alegados en la demanda y que sustentaban la falla del servicio alegado. CONCLUSIONES :Considera la Sala, que el material probatorio obrante en el plenario, permite establecer que no se incurrió en la falla alegada por la parte actora y en consecuencia, se negaran las pretensiones de la demanda, pero conforme las consideraciones expuestas en la presente providencia”.

SENTENCIA DEL 2 DE FEBRERO DEL 2017, Exp.2013- 0386, SECCION TERCERA SUB-SECCION “A”, MP. DR.JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ. SEGUNDA INSTANCIA.

SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA / Responsabilidad Extracontractual del ESTADO – DESPLAZAMIENTO FORZADO a consecuencia de amenazas y extorsión por parte de un grupo armado al margen de la Ley en el que la demandante tuvo que abandonar el país y refugiarse en el país de Italia / LA PROHIBICIÓN DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO – La responsabilidad del Estado en razón de una omisión de protección.

Síntesis del caso: La señora (...) por intermedio de apoderado, mediante el medio de control de reparación directa, solicita se declare administrativamente responsable a la NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA y a las vinculadas FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN y NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL, por los presuntos daños antijurídicos causados a la señora (...) con ocasión de la persecución, amenazas y consecuente desplazamiento forzado del que fue víctima y por el cual obtuvo el estatus de refugiada en el país de Italia.

Extracto : La prohibición del desplazamiento forzado: El desplazamiento forzado ha sido definido como una situación fáctica como consecuencia de la cual se produce un desarraigo producto de la violencia generalizada, la vulneración de los derechos humanos o la amenaza de las garantías del derecho humanitario. En el ordenamiento jurídico colombiano la Ley 387 de 1998 reguló la situación de desplazamiento forzado y definió al desplazado en el artículo 1º en los siguientes términos: En ese sentido, resulta aplicable al desplazamiento forzado el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra (...) La responsabilidad del Estado en razón de una omisión de protección. La responsabilidad de las entidades demandadas debe analizarse bajo el título de imputación de la falla del servicio, a partir de la omisión determinante en la que se encuentran incursas las autoridades públicas en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico les ha atribuido (...) Del caso concreto: La Sala abordará el estudio del caso desde la tesis de la posición de garante, partiendo de la base de la existencia del deber jurídico del Estado y de sus órganos de prevenir la amenaza y vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos con ocasión de la acción de terceros, para lo cual es necesario que se haya demostrado la existencia de los riesgos inminentes y de la omisión del Estado en adoptar todas las medidas razonables, para haber precavido la ocurrencia de la transgresión de los derechos de la demandante, a fin de concretar la situación fáctica de desplazamiento forzado que se invocó. En el asunto *sub examine*, se destaca lo siguiente: El 28 de diciembre de 2001 la demandante (...) presentó una denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación por el delito de amenazas, como consecuencia de un sufragio o tarjeta de condolencia que recibió en su residencia, en el cual le solicitaban apoyar al denominado “Frente 42” sin ninguna otra precisión, en perjuicio de la vida de su hija, no obstante, se resalta que la denunciante sospechaba de su ex esposo. (...) De acuerdo a lo expuesto, para la Sala resulta extraño que ante la sucesión de amenazas contra su vida y la de su familia, la denunciante hubiera decidido no comparecer a una diligencia judicial donde habría podido exponer con mayor claridad la situación que estaba afrontando y así obtener el decreto de medidas de protección especial a su favor, máxime cuando no precisa las razones que existían para justificar su desplazamiento a otra ciudad y contrario a lo narrado en la demanda, en ningún momento excusó su ausencia por razones de seguridad. (...) Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, si se valoraran tales documentos, tampoco serían suficientes para acreditar la situación de desplazamiento forzado que se afirma padeció la señora (...), teniendo en cuenta que no se acreditó la fecha de su salida del país, no se demostraron las razones o pruebas que el gobierno italiano tuvo en cuenta para concederle el estatus de refugiado, ni cuánto tiempo permaneció fuera del país acogida por esta figura o si aún se encuentra en dicho país. Corolario de lo señalado se puede concluir lo siguiente: No se pudo constatar que la demandante se encontrara en un peligro de inminente vulnerabilidad, por lo que en el asunto *sub examine* no hay razones para declarar que la Fiscalía General de la Nación falló en su deber de protección y seguridad, pues si bien, tuvo conocimiento de una situación que atemorizaba a la denunciante, no se demostró que aquella estuviera sometida a un riesgo real y su falta de interés en el proceso, incidió en la suspensión del mismo. No se demostró que las amenazas recibidas tuvieran como causa la actividad profesional que ejercía la denunciante en virtud del proyecto adelantado por la Red de Solidaridad Social y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, máxime cuando su función consistía en desarrollar un trabajo de consultoría para elaborar una metodología de sistematización, sin que tuviera competencia o facultad alguna de disposición de los predios abandonados por la población desplazada. En cuanto atañe al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, respecto del cual la demandante deriva su supuesta responsabilidad en la existencia de supuestas circunstancias especiales de protección por ser funcionaria del Estado en asuntos relacionados con el desplazamiento forzado, la Sala advierte que no está acreditada ninguna relación de causalidad entre los hechos demandados y las funciones que cumple dicha entidad. Así las cosas, no se dará prosperidad a las pretensiones invocadas en su contra. Por último, en el presente caso no se encuentra acreditado que la Policía Nacional haya tenido conocimiento de la situación que vivían los demandantes, y como se ha dicho en esta providencia la posición de garante que tiene el Estado y en particular esta institución, sobre la seguridad de los ciudadanos, nace de situaciones concretas que fueran notorias o suficientemente conocidas por la Institución a la que se le reclaman perjuicios, por lo tanto, como no se demostró que la situación de amenazas haya sido informada a esta institución o que aun sin mediar solicitud previa, la notoriedad pública del inminente peligro que corría la señora (...) hacía forzosa su intervención, se negaran las pretensiones de la demanda a su favor”.

SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 250000-23-36-000-201400549-00, SECCION TERCERA SUBSECCION “ A”, MP. DR. JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ – PRIMERA INSTANCIA.

SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Lesiones causadas a Infante de Marina Profesional mientras prestaba el servicio militar / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE – Responsabilidad objetiva.

***Síntesis del caso:** Se trata de resolver el recurso de apelación de la parte demandante en el cual Indicó que en no es de recibo el argumento dado por el Juez de primera instancia toda vez que, el daño se encuentra probado con el acta de junta médica laboral N. 133 del 01 de septiembre de 2015 y el Informe Administrativo por lesiones N. 004 del 5 de marzo de 2012 y el oficio del 14 de marzo de 2016 expedido por la Oficina jurídica de la demandada. De igual forma señala que mediante oficio N. 285 suscrito por el Comandante del Batallón Fluvial de Infantería de Marina, se informó que no se realizó apertura del proceso disciplinario, lo que demuestra que el actuar del demandante no fue contrario a los cánones del buen servicio, ni en incumplimiento de las obligaciones a su cargo. Así mismo, manifestó que el tiro de alerta realizado por el actor cumple con lo señalado en el decálogo de las armas y que la calificación del hecho fue como; “ocurrió en el servicio por causa y razón del mismo” lo que deja por fuera la posibilidad de calificarlo como actos en contra de la ley o reglamento. Así mismo, argumenta que los sujetos vistos por el demandante eran sospechosos y no compañeros, por lo que decidió hacer el tiro de alerta y, quien le disparó, debía tener precaución al hacer el disparo por ello, sostiene que se está ante un riesgo excepcional por el uso de armas de fuego, razón por la cual el Estado se encuentra llamado a responder.*

Extracto:”RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE. Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se consagró en el artículo 90 una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, que comprende tanto la responsabilidad de naturaleza contractual como extracontractual; por lo que los elementos indispensables para la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado, se circunscriben a la prueba del daño antijurídico, y a la imputabilidad del mismo Estado. (...) De las pruebas anteriores trascritas para la Sala es claro que el infante de marina profesional (...), era miembro de la Armada Nacional, quien voluntariamente se vinculó a dicha Institución. Ahora, para esta corporación también es indiscutible que el día 5 de diciembre de 2011, tal y como se desprende del informativo administrativo de lesiones resultó con contusiones el actor a causa de un disparo propinado por un miembro de la entidad demandada. Por lo anterior, se encuentra plenamente acreditado el hecho dañoso y el daño antijurídico pues, en efecto, el señor (...), quien se desempeñaba para la época de los hechos como Infante de marina profesional de la Armada Nacional, sufrió el daño alegado en la demanda, esto es las lesiones físicas y la pérdida de capacidad laboral del 19%, debidamente dictaminada por Acta de Junta Médico Laboral N. 133 de fecha 1 de septiembre de 2015, como consecuencia de un impacto de bala, ocurrida el día 05 de diciembre de 2011.(...) En efecto, y del acervo probatorio la Sala comparte el concepto rendido por el Ministerio Público toda vez que, no se encuentra demostrado que el hecho (impacto de bala en la mano izquierda) que causó el daño al demandante (lesiones y pérdida de capacidad laboral) sufrido por el señor (...), haya sido producto de una omisión por parte de la entidad demandada o el resultado de la puesta en peligro del actor por parte de la entidad por no brindar la correspondiente capacitación e instrucción sobre las medidas de seguridad referentes al manejo de armamento, es decir no se encuentra probado el nexo causal. Por el contrario, está acreditado que el hecho ocurrió durante el ejercicio de las funciones asignadas al demandante en su condición de infante de marina con lo cual se descarta cualquier posibilidad de omisión o riesgo anormal que no estaba en la obligación de soportar, máxime cuando no obra prueba alguna que se haya impartido instrucción alguna que generara un riesgo mayor o adicional para el actor. De manera que, de acuerdo con lo probado en el expediente, las circunstancias en las cuales ocurrió la lesión llevan a concluir que fueron ajenas al actuar y responsabilidad de la administración. Así como tampoco se tiene certeza que las personas que dice el actor fueron “sospechosas” lo fueran. (...) Considera la Sala que, la instrucción en el manejo de armas implica la exposición a un riesgo mayor a la que asume cualquier persona, pero que son inherentes al uso mismo de las armas y, por lo tanto, se inscriben dentro de los que de manera voluntaria asumen las personas que se vinculan a las instituciones armadas del Estado. Por tal razón, los riesgos que se asumen en actividad militar no son únicamente los que puedan derivarse de un enfrentamiento armado sino los propios de ejercicio de la actividad militar, especialmente, los relacionados con la manipulación de objetos peligrosos como son las armas de fuego, explosivos entre otros. En consecuencia, los daños que sufran los integrantes de las fuerzas militares, derivados de la manipulación de armas de fuego son imputables al Estado cuando los mismos se hubieran producido como consecuencia de una omisión por parte de ellas, relacionadas con el mal estado de estos elementos, la falta de seguridad, las carencias en el entrenamiento, o se produzcan en circunstancias que impliquen un riesgo mayor al que deben soportar, pero cuando tales daños se deriven de los riesgos inherentes de las actividades peligrosas que estos ejercen, considera la Sala que los mismos corresponden a aquellos riesgos que voluntariamente asumen las personas que se vinculan a la Armada Nacional, para el caso que nos ocupa, que por su propia naturaleza conlleva asumir funciones de alto riesgo y peligrosidad, frente a las cuales se les brinda la respectiva instrucción y/o capacitación. (...) En síntesis, de acuerdo con lo probado en el expediente, el daño sufrido por el actor no es imputable a la Nación-Ministerio de Defensa Armada Nacional, toda vez que, el mismo correspondió a la materialización de los riesgos que la víctima había asumido voluntariamente al ingresar a la institución y asumir la instrucción del manejo de armas. Tampoco está demostrado que se le hubiera puesto en una situación de riesgo mayor al que estaba obligado a soportar, y que éste haya sido la causa de su lesión, por lo cual se confirmará la sentencia proferida por el Juez de primera instancia”.

SENTENCIA DEL 18 DE ENERO DE 2017, Exp. 110013336031201400163 01, SECCIÓN TERCERA SUBSECCION “B”, MP. DR. CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA – SEGUNDA INSTANCIA.

SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – Por perjuicios causados a la parte demandante como consecuencia de la destrucción de la Maquinaria de su propiedad en operativo adelantado por la Policía Nacional – Responsabilidad en el caso concreto / EL CONCEPTO DE MINERÍA ILEGAL Y SU RELACIÓN CON EL TÍTULO MINERO

Síntesis del caso: “el señor (...) por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 del C.P.A.C.A., en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, con el objeto que se declare su responsabilidad administrativa y patrimonialmente con ocasión de los presuntos daños causados como consecuencia de la destrucción de la maquinaria de su propiedad, en operativo adelantado por agentes de la Policía el día 12 de abril de 2013. en ejecución del decreto 2235 de 2012, el día 12 de abril del 2013, en el municipio de Norosí, departamento de Bolívar”.

Extracto: “ (...) LA RESPONSABILIDAD EN EL CASO CONCRETO: Consonante con lo dicho, corresponde entonces, bajo el régimen de responsabilidad objetiva que adopta el ponente, determinar si en el presente asunto hay lugar a declarar la responsabilidad de las demandadas, por las causas descritas al plantear el problema jurídico. Para tal fin, ha de establecerse la concurrencia a plenitud de los elementos de la responsabilidad estatal, que se deriva como se dijo, del artículo 90 de la Constitución Política, y que se circunscriben a la acreditación del hecho dañoso, su imputación al Estado, y el nexo causal entre estos elementos, y de igual forma, examinar si en el proceso de la referencia se configura alguna causal eximente de responsabilidad. El concepto de minería ilegal y su relación con el título minero. El capítulo XVII del Código de Minas (Ley 685 de 2001) define en su artículo 159, la exploración y explotación minera ilícita, como aquella actividad que se configura con el ejercicio de la exploración, extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad. Igualmente, dicho estatuto en el artículo 206 dispone que “Para las obras y trabajos de la explotación temprana, el interesado deberá obtener Licencia Ambiental, que posteriormente podrá ser modificada para amparar los trabajos definitivos de explotación con el lleno de los requisitos legales.” Nótese que la ley señala que la licencia ambiental es una obligación sine qua non para realizar trabajos de explotación minera. De esta manera, el Decreto 2235 de 2012, es una medida administrativa, que otorga facultades a la Policía Nacional de destruir la maquinaria pesada utilizada para el desarrollo de actividades mineras ilegales, por esto, corresponde a la Policía Nacional previa solicitud de información que haga con las autoridades mineras y ambientales competentes sobre la existencia de los requisitos que en cada caso correspondan, ejecutar la medida de destrucción de la maquinaria pesada que esté siendo utilizada para actividades de exploración y explotación sin las autorizaciones y exigencias previstas en la ley. Teniendo en cuenta la normatividad citada y las pruebas obrantes en el proceso, es dable decir que cuando una persona (natural o jurídica) este explorando o explotando una mina en vigencia del Código de Minas –Ley 685 de 2001-, únicamente le será concedido el derecho a explotar mediante contrato de concesión minera debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional de conformidad con el artículo 14 de la norma en cuestión. (...) Es por ello, que a juicio de la Sala, el daño sufrido por el demandante no se torna antijurídico y no resulta atribuible a las entidades demandadas, puesto que de conformidad con el acervo probatorio que obra en el proceso, la destrucción de tres retroexcavadoras obedeció única y exclusivamente al hecho probado de que se encontraban realizando una explotación minera ilegal, dado que operaba sin licencia ambiental y sin título minero, y por lo tanto no puede ser endilgado a las demandadas pues, teniendo en cuenta el desarrollo normativo antes descrito la minería ilegal tendrá como una de sus consecuencias la destrucción de la maquinaria pesada. En suma de lo anterior, la sala destaca que en la solicitud de legalización de minería tradicional presentada por el actor ante la Agencia Nacional de Minería, se pretendía la formalización de 1.136.195,09 de hectáreas situación está por la que se requirió al demandante para que redujera el área pues, teniendo en cuenta el Decreto 0933 de 2013 en su artículo 3, estipula que “(...) El área máxima susceptible de otorgar en un proceso de formalización minera es de ciento cincuenta (150) hectáreas para personas naturales (...)”. Situación que deja entrever que en ningún momento se estaba frente a una minería de pequeña escala como el actor en el transcurso del proceso lo ha manifestado máxime, cuando el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, prohíbe en todo el territorio nacional, la utilización de maquinaria pesada entre ellas, las retroexcavadoras sin título minero y licencia ambiental o su equivalente. De lo anterior, la sala encuentra que el demandante manifestó que la mina donde se desempeñaba era artesanal, situación está que llama la atención pues, de acuerdo a la normatividad, la minería artesanal es la que realiza un grupo pequeño de personas y en donde no se utiliza maquinaria pesada, por lo que, si bien, el actor en varias oportunidades hace alusión a que se trata de mina artesanal lo cierto es que, para el momento de los hechos se encontró maquinaria pesada en la mina y, que se venía explotando por lo menos 10 a 12 años antes sin el lleno de los requisitos legales como lo es, un título minero y licencia ambiental. (...) En efecto, el material probatorio da cuenta de la inexistencia del daño antijurídico como elemento de la responsabilidad objetiva, aduciendo la sala que en el proceso de la referencia el mismo no se satisface a cabalidad, pues no reúne los elementos esenciales del daño para que pueda ser indemnizado. (...) En ese orden de ideas, en el caso concreto, al

SECCION TERCERA

no estar probado el daño antijurídico presuntamente causado por las aquí demandadas, no es procedente realizar el examen jurídico y fáctico de los elementos de la responsabilidad, como es el nexo de causalidad. A lo anterior se debe agregar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, le “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)”, obligación procesal (carga probatoria) que en el presente asunto la parte actora no cumplió, toda vez que, en primer lugar, no allegó prueba alguna de la supuesta omisión por parte de las demandadas, es decir del daño antijurídico, y en segundo lugar, tampoco se demostró un nexo de causalidad entre este y las actuaciones de la demandada sumado a ello, que conforme se ha venido explicando ampliamente la ley faculta a la Policía Nacional a realizar destrucción de maquinaria en las minas en donde se tenga título minero ni licencia ambiental para explorar y explotar recursos naturales”.

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2017, Exp. 250002336000201501594 00, SECCION TERCERA SUBSECCION “B”, DR. CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA- PRIMERA INSTANCIA.



EL TRIBUNAL INFORMA

SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA / Responsabilidad Administrativa de la Nación – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO/ ERROR JURISDICCIONAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – Valor probatorio de los documentos obrantes en el expediente / REGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE –

Síntesis del caso: “La Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por considerar que en el presente caso no se probó que existió una privación injusta de la libertad, por cuanto la detención preventiva de la que fue objeto el señor (...) fue precedida de los debidos elementos probatorios allegados a la investigación penal, a quien se le garantizó el derecho al debido proceso y al derecho de defensa”.

Extracto: “VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE Respecto del valor probatorio de los documentos allegados en copia simple, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, la sala encuentra que en el presente caso dichos documentos se presumen auténticos, teniendo en cuenta que emanan de las partes y no tiene la naturaleza dispositiva, y que ninguna de las partes tachó su autenticidad. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE. Responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. La responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, está regulada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que dispone: “*Privación Injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de perjuicios*”. (...) DECISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN. La Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por considerar que en el presente caso no se probó que existió una privación injusta de la libertad, por cuanto la detención preventiva de la que fue objeto el señor (...) fue precedida de los debidos elementos probatorios allegados a la investigación penal, a quien se le garantizó el derecho al debido proceso y al derecho de defensa. (...) (...) No obstante lo anterior, la sala evidencia que la parte demandada - Fiscalía General de la Nación no aportó las pruebas de cargo o elementos materiales probatorios practicados en la investigación penal que fueron la base para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario al señor (...); razón por la cual, la sala no puede determinar si la medida de aseguramiento impuesta cumplió o no con los postulados de la Ley 600 de 2000, en cuanto a sus fines, requisitos y procedencia. En este punto se aclara, que la carga de la prueba en el presente caso, radica en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, por cuanto es esta entidad la que debía demostrar que la medida de aseguramiento impuesta fue ajustada a derecho y con los elementos de prueba reunidos en la investigación penal, situación que no ocurrió, toda vez que no se aportaron las pruebas de cargo, ni la copia de la providencia por medio de la cual el Fiscal impuso la medida de aseguramiento en contra del señor (...), en donde se refirieran las mismas. Ahora, respecto a la culpa exclusiva del señor (...) para que fuera objeto de investigación penal, encuentra la sala que por un lado, la jurisprudencia mayoritaria del Consejo de Estado ha sido concordante en considerar que el único eximente de responsabilidad en caso de privación injusta de la libertad, es la culpa exclusiva de la víctima, en aplicación del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, por lo que se procederá a analizar el citado eximente de responsabilidad en el caso en concreto, así: Teniendo en cuenta lo anterior, la sala considera que en el presente caso no se evidencia una culpa exclusiva del señor (...) para que fuera objeto de investigación penal, por cuanto el citado señor no realizó actividad o actuación que fuera causante de la retención de la cual fue víctima, por cuanto, fue vinculado al proceso penal con ocasión de la denuncia penal presentada por el señor (...), proceso en el que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, medida que posteriormente fue revocada, e investigación que terminó con la preclusión de la investigación penal porque el hecho no existió. De la providencia del 19 de mayo de 2010, proferida por la Fiscalía Seccional de la unidad delegada ante los Jueces Penal del Circuito de la Mesa Cundinamarca, por medio de la cual se precluyó la investigación penal a favor del demandante, se evidencia que en el presente caso, no se demostró la ocurrencia del hecho punible y que los testimonios recaudados no ofrecían la credibilidad suficiente, razón por la cual, la fiscalía no contaba con las pruebas suficientes para proferir resolución de acusación y en su lugar, profirió resolución de preclusión de la investigación, así : (...) En consecuencia, debido a que se demostró que el señor (...) fue privado de la libertad y posteriormente absuelto, y que no se demostró la culpa exclusiva del señor (...) para que le iniciaran una investigación penal en su contra, es claro que se generó un daño antijurídico, por el cual el Estado en cabeza de la Nación – Fiscalía General de la Nación debe responder”.

SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 11001333603220120009401, SECCION TERCERA SUBSECCION “B”, MP. DR. LEONARDO AUGUSTO TORRES CALDERON-SEGUNDA INSTANCIA.

SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA / Responsabilidad Administrativa y Patrimonial del Estado – Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional / FALLA DEL SERVICIO - Con ocasión de la Colisión de tránsito ocurrida entre un vehículo oficial de la policía nacional y el carro de propiedad del demandante / PERJUICIOS MORALES –

***Síntesis del caso:** Se trata del resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en el que argumentó que se debe revocar la decisión de la primera instancia, pues a su juicio, se realizó una errónea valoración de la prueba, pues solamente se tuvo en cuenta la conducta del agente de policía, sin tener en cuenta que el conductor del taxi iba conduciendo a 65 o 70 kilómetros, de acuerdo con su testimonio, y que si bien el agente de policía no respetó la prelación, el taxista igualmente infringió la norma, y que no se probó que el vehículo estaba en cumplimiento de una orden. Sumado a que la liquidación de perjuicios, a juicio del demandado, no se realizó en debida forma. La sala deberá determinar si en el proceso se demostró o no una falla del servicio por parte de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, y en caso afirmativo determinar si la juez de la primera instancia realizó una debida liquidación de los perjuicios reclamados y probados.*

Extracto: “ (...) la sala encuentra que en el informe policial para accidentes de tránsito elaborado el día 12 de octubre de 2012, se anotó que el taxi de placas VEE 341 y el vehículo de la Policía Nacional de placas ZJN 087 tuvieron un accidente de tránsito y en la hipótesis del accidente para el vehículo oficial, se indicó la 132, que refiere a no respetar la prelación, no detener el vehículo o ceder el paso cuando se ingresa a una vía de mayor prelación. Dicha hipótesis fue confirmada en el testimonio rendido por el señor (...) quien conducía el taxi y afirmó que iba a una velocidad aproximada de 65 a 70 kilómetros por la avenida de las Américas para la 68 y la patrulla de la policía iba a tomar el retorno para coger la 50 norte y no respetó ceder el turno y causó el choque. De lo anterior infiere la sala que si bien es cierto en la apelación se indicó que no se probó que el agente de policía se encontraba en una misión oficial, no cabe duda alguna que el vehículo con el cual se produjo el accidente de tránsito era de la Policía Nacional y en nuestro derecho se aplica la teoría de la causalidad eficiente o adecuada para producir el daño, teoría con la cual se revaluó la teoría de la equivalencia de las condiciones que fue utilizada por el Consejo de Estado, pero que fue reemplazada por la teoría de la causalidad eficiente a partir del fallo del 11 de septiembre de 1997, expediente 11.764, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; por lo que en este caso, la sala debe determinar cuál fue la causa eficiente del accidente del 12 de octubre de 2012, y en este caso a pesar que el taxista iba en una velocidad de 65 a 70 kilómetros se debe determinar en este caso cuál de las dos actividades riesgosas concurrentes fue la que desencadenó el daño o el accidente y sin duda alguna fue la violación de la norma de tránsito por parte del agente de policía al obrar de manera imprudente y sorpresiva, pues al entrar en una vía de mayor prelación, debió detener su vehículo y respetar la prelación, lo que ocasionó el accidente, y si hubiera detenido su vehículo, el accidente no hubiera ocurrido por más que el taxista fuera a la velocidad mencionada y por ende el choque no se hubiera producido, por lo que habrá lugar a confirmar la decisión de la primera instancia. (...) **Perjuicios morales:** En este caso, la parte demandante señaló que los daños se causaron al no poder cumplir con sus obligaciones patrimoniales por ser cabeza de familia y al ver a su hijo afectado con la el accidente, pero en este caso si bien es cierto se solicitaron dichos perjuicios, lo cierto es que los mismos no fueron probados en el presente proceso, sino que solamente fueron solicitados sin ningún soporte probatorio que demostrara la causación de los mismos, razón por la cual serán revocados. Además, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

SENTENCIA DEL 10 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 110013336033201300385 01, SECCION TERCERA SUBSECCION “B”, MP. DR. LEONARDO AUGUSTO TORRES CALDERÓN – SEGUNDA INSTANCIA.

SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / Responsabilidad Administrativa y Extracontractual del Estado / Muerte de soldado profesional del Grupo de Caballería mecanizada No. 12 General Ramón Arturo Rincón Quiñonez en el Departamento de Caquetá en desarrollo de la operación JAKE / Del fundamento constitucional – Confirma fallo apelado que negó las pretensiones de la demanda.

Síntesis del caso: La parte demandante formula recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el cual se opone a la decisión adoptada, dado que la muerte de (...) fue producto de una acción donde no se respetaron los estándares y protocolos mínimos de seguridad que se deben implementar en zonas donde posiblemente se encuentren artefactos minados, puesto que según la declaración del comandante encargado de la operación, primero se envió al guía canino y luego al detectorista, cuando los lineamientos indican que se deben establecer los puntos críticos, retirar el personal, utilizar la pericuerda, seguidamente el detector de metales y posteriormente el guía canino. Afirma que el ingreso de (...) a la zona minada fue producto de la orden recibida por el superior tal como lo manifestaron los compañeros en los testimonios y a los cuales no pretende darse validez, pues de lo contrario, en el informativo administrativo por muerte se hubiese establecido que el deceso se presentó en incumplimiento de órdenes de superiores o del reglamento. Aduce que no es cierto como lo afirma el a quo en que al ingresar a las filas militares por voluntad propia el soldado profesional deba soportar por más de tres horas sin recibir atención médica cuando es afectado en su integridad física, lo cual desconoce los límites que tiene la actividad militar”.

Extracto: “ Del fundamento constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado. El artículo 90 de la C.P. constituye la cláusula general de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado colombiano, de acuerdo con el cual, y siguiendo el modelo de la Constitución Española, acogió la teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como “aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”, siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión a una autoridad pública. En otras palabras, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir 2 presupuestos, a saber, que el daño sea antijurídico, y que este sea imputable al Estado, con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, para que el daño sea resarcido en forma proporcional. En la sentencia de primera instancia se negaron las pretensiones de la demanda, porque se encontró probado de la diligencia de versión libre rendida por el Capitán (...) que al momento de la operación se contaba con el equipo detector de explosivos y se halló contradicción en si el equipo EXDE estaba completo para realizar la labor de revisión que determinara la existencia de explosivos y además porque no existía certeza de la orden que se afirma fue dada por el Capitán al hoy occiso de ingresar a la zona sin el cumplimiento de los protocolos. (...) Así las cosas, resulta claro que la víctima asumió por voluntad propia tanto la ejecución de esa actividad como el sometimiento al riesgo por ser parte del grupo EXDE; por tanto, la ocurrencia del daño constituyó la concreción de un riesgo inherente al servicio y, en consecuencia, la víctima está obligada a soportarlo. Ahora en cuanto al segundo argumento del cual se atribuye responsabilidad a la demandada como causa de muerte que se refiere la demora en el traslado del soldado profesional al centro médico con posterioridad a la explosión del artefacto, se conoce que entre el momento en que se produjo las heridas (9:30 de la mañana aproximadamente) y la hora de ingreso a la clínica Medilaser S.A según consta en la historia clínica (1:20 de la tarde), transcurrieron tres horas cincuenta minutos. Dicha situación no denota falta de atención, porque los testigos y la historia clínica datan que el enfermero le brindó los primeros auxilios con los elementos con que contaba en la zona como compresas para detener el sangrado y el traslado implicaba una serie de gestiones porque se encontraban en campo y en una zona de orden público complicado y debió prepararse el terreno con tala de árboles y despeje de territorio para el aterrizaje del helicóptero de modo que no es dable pretender un cuidado diferente al que recibió el soldado herido, adicional a lo anterior, la parte demandante no aportó prueba alguna que demuestre que la tardanza fue la causa determinante de la muerte pues desde el ingreso al centro hospitalario se indicó en la historia clínica la gravedad de las heridas y el riesgo en que se encontraba el herido. Por lo anterior, se concluye que la muerte del soldado profesional y guía canino (...), en las circunstancias en que ocurrió, constituyó un riesgo propio del servicio que estaba obligado a asumir como miembro del Ejército Nacional, sin que en el proceso obre prueba alguna que permita deducir algún tipo de irregularidad que lleve a concluir que el afectado fue sometido a un riesgo superior al que normalmente debía soportar como integrante del grupo EXDE especializado en búsqueda y denotación de artefactos explosivos improvisados; por lo tanto, la ocurrencia de dicho riesgo, no da lugar al surgimiento de la responsabilidad del Estado. Al respecto, debe recordarse que, conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, de manera que, en este caso y con el fin de demostrar la existencia de responsabilidad del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la parte demandante debía acreditar la falla del servicio alegada, así como las circunstancias en las cuales ésta se verificó; sin em -

SECCION TERCERA

bargo, se insiste, no obra en el proceso prueba alguna que permita satisfacer tal exigencia tal como lo expuso el *a quo*. Así, entonces, la sala considera que no se probó que al soldado profesional (...) se le asignara una orden diferente y arbitraria a las propias de sus funciones, tampoco que se le expuso a un riesgo superior o diferente a aquel para el cual se encontraba formado y entrenado y con los elementos de convicción allegados al proceso se puede establecer la existencia de una falla del servicio, pues, como se vio, se encontraban todos los elementos necesarios que deben emplearse en la búsqueda y detonación de artefactos explosivos improvisados y se le prestaron los primeros auxilios siendo trasladado al centro médico de acuerdo a las gestiones administrativas y condiciones del terreno”.

SENTENCIA DEL 25 DE ENERO DE 2017, Exp.11001-33-36-031-2013-00359-01,SECCION TERCERA SUBSECCION “B”, MP. DR. HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN- SEGUNDA INSTANCIA.



EL TRIBUNAL INFORMA

SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA - Responsabilidad Extracontractual del Estado / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - De la competencia para realizar control de legalidad y declarar nulidad – De las Nulidades procesales – De la notificación del auto admisorio de la demanda.

Síntesis del caso: *Se trata de resolver el recurso de apelación presentado por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional contra el fallo proferido, el 28 de octubre de 2016, por el Juzgado 63 Administrativo de Bogotá, mediante el cual se accedió a las pretensiones de la demanda y en consecuencia, se declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y Rama Judicial por la privación injusta de la libertad de que fue víctima (...), desde el 15 de diciembre de 2011 al 25 de mayo de 2012.*

Extracto: “ De la competencia para realizar control de legalidad y declarar nulidad : El artículo 207 del CPACA señala que agotada cada etapa procesal, el juez debe realizar un control de legalidad y adoptar las medidas necesarias para sanear los vicios o nulidades que se presenten en el proceso; al respecto, dispone: **Artículo 207.** Control de legalidad. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrearán nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes. Por tratarse del rechazo de la demanda, es un auto susceptible de recurso de apelación conforme la norma transcrita. De otro lado, el artículo 125 del CPACA establece que es competencia del magistrado ponente expedir los autos interlocutorios y de trámite, con excepción de las decisiones a que refieren los numerales 1º a 4º del artículo 243 *ibidem*, que corresponden a la sala, a saber: el que rechaza la demanda, decreta medida cautelar y resuelve los incidentes de nulidad y desacato en ese mismo trámite, ponga fin al proceso o apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. Conforme al anterior análisis, el auto objeto de la declaratoria de nulidad no versa sobre aquellos a que refieren los numerales 1º a 4º del artículo 243 del CPACA y por lo tanto, la decisión radica en el magistrado sustanciador. De las nulidades procesales .Las nulidades procesales se establecieron para asegurar la supremacía de las reglas que rigen el procedimiento, su objeto consiste en garantizar los derechos de defensa y debido proceso, consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, y se hallan instituidas en los principios de especificidad y convalidación, en aras de evitar trámites inocuos y fallos inhibitorios. En tratándose de la notificación que deba surtirse a los demandados dentro de un proceso judicial, se constituye en la garantía real de la decisión a adoptar; sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia T-508 de 2011 se pronunció de la siguiente manera: (...) .En cuanto a las reglas de oportunidad, legitimación, saneamiento y efectos se aplica lo previsto en el CGP; esto en razón, a la remisión general incorporada en el precepto 306 del CPACA en materia de los asuntos no regulados. Las nulidades pueden invocarse en cualquiera de las instancias del proceso antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurriere en ella, y si se trata de nulidad por indebida notificación o emplazamiento en legal forma, podrá proponerse sin restricción con posterioridad al fallo; sobre el particular, el artículo 134 del CGP dispone: (...) De la notificación del auto admisorio de la demanda. El auto admisorio de la demanda se notifica en forma personal al demandado y el Ministerio Público y lo será frente a terceros, la primera providencia que se dicte a su respecto. **Caso en concreto:** Se encuentra al despacho el proceso de la referencia para proveer el estudio admisorio del recurso de apelación presentado por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional contra el fallo proferido, el 28 de octubre de 2016, por el Juzgado 63 Administrativo de Bogotá, mediante el cual se accedió a las pretensiones de la demanda y en consecuencia, se declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y Rama Judicial por la privación injusta de la libertad de que fue víctima (...), desde el 15 de diciembre de 2011 al 25 de mayo de 2012. Se procedería a efectuar el correspondiente estudio sino fuera porque de la revisión del expediente se observa la configuración de una causal de nulidad insaneable, esto es, por indebida notificación del auto admisorio de la demanda. (...Con base en el pronunciamiento realizado en el acápite anterior se precisa que las nulidades son insaneables cuando se pretermita integralmente una instancia y en el caso en concreto, por una indebida notificación del auto admisorio de la demanda, la Rama Judicial y el Ministerio Público han dejado de participar en el curso de la primera instancia. La postura del despacho encuentra fundamento en que por disposición del artículo 192 del CPACA, la notificación del auto admisorio de la demanda a personas que tengan buzón electrónico para notificaciones judiciales comprende de un lado, el envío del mensaje de datos al correo electrónico y del otro, que se remitan de forma inmediata y a través de servicio postal autorizado copia de la demanda, sus anexos y el auto a notificar. Sin embargo, de la revisión del expediente se encuentra que para la notificación del auto admisorio de la demanda de 5 de junio de 2015, contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y Rama Judicial se envió el mensaje de datos al correo electrónico, pero dejó de remitirse por servicio postal autorizado copia de la demanda, sus anexos y del auto a notificar a la Rama Judicial y el Ministerio Público. Bajo este orden, obran en el proceso a folios 108 a 112 los soportes de envío del mensaje de datos a los correos del Ministerio de Defensa Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, pero no media soporte que acredite la remisión, mediante ser

SECCION TERCERA

vicio postal autorizado, de la demanda, anexos y el auto a notificar, a la Rama Judicial y el Ministerio Público. Lo anterior adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que la Rama Judicial, ni el Ministerio Público intervinieron en el trámite procesal de primera instancia y la sentencia que lo terminó fue condenatoria para la Nación – Rama Judicial. Así las cosas, acreditado que la notificación del auto admisorio de la demanda de 5 de junio de 2015 no fue realizada en debida forma respecto de la Rama Judicial y el Ministerio Público y que en razón de lo anterior se adelantó el trámite procesal de primera instancia sin que hayan tenido la oportunidad de participar, el despacho establece la configuración de una causal de nulidad insaneable. De manera que en la parte resolutive se dispondrá declarar la nulidad de lo actuado con posterioridad al auto admisorio de la demanda de 5 de junio de 2015 y desde ahí deberá renovarse el procedimiento en relación con la Rama Judicial y el Ministerio Público, por lo que habrá surtirse en debida forma la notificación y continuarse con el trámite procesal de ley. La prueba practicada y recaudada por el *a quo* conserva validez y eficacia en relación con la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional”.

AUTO DE 25 DE ENERO DE 2017, Exp.110013336715201400095-01, SECCION TERCERA SUBSECCION “B”, MS. DR. HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN- SEGUNDA INSTANCIA.



SECCION TERCERA

MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN / CONDENA LABORAL AL DEPARTAMENTO DEL AMAZONAS por el Juzgado único administrativo de Leticia y confirmada por este Tribunal en su Sección Segunda, por la conducta de los demandados en su calidad de gobernador encargado y titular para los años 2002 y 2003 – Por negarle el reconocimiento de relación laboral por contrato de prestación de servicios, el pago de prestaciones sociales y cotización a salud y pensión / Del valor probatorio de los medios de prueba / De la Normatividad Aplicable Ley 678 de 2001 – Presupuestos del medio de control de repetición.

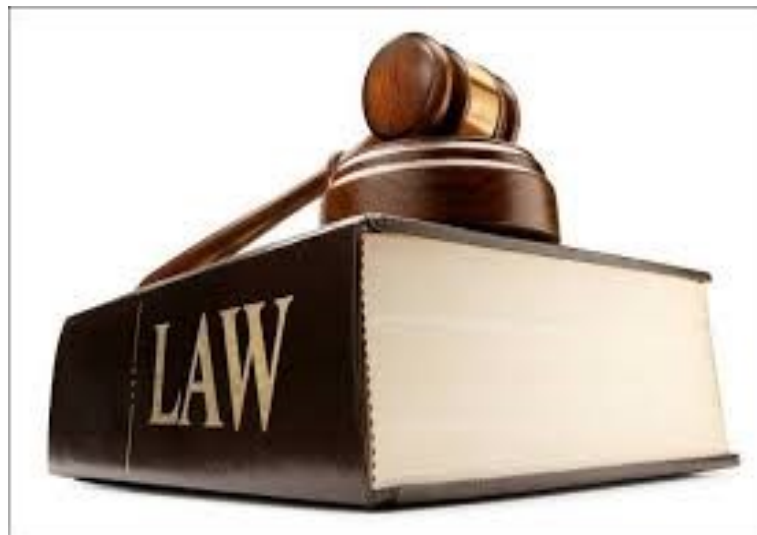
Síntesis del caso: “El departamento de Amazonas formuló recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria de sus pretensiones proferida, el 4 de febrero de 2016, por el Juzgado Único Administrativo de Leticia y solicitó que sea revocada para que en su lugar se acojan las súplicas del libelo introductor; propuso los siguientes cargos de inconformidad: 1. Los elementos objetivos de prosperidad de la acción de repetición se encuentran demostrados con la sentencia condenatoria y el pago que realizó el departamento a favor de (...); 2. El presupuesto subjetivo se cumple debido a que la Ley 678 de 2001 consagra en su artículo 5º las causales de presunción de la culpa grave y dentro de ellas incorpora la “Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho” y los accionados infringieron el artículo 48.29 de la Ley 734 de 2002 que eleva a la categoría de falta disciplinaria gravísima, “Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran de dedicación de tiempo completo o implique subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales (...) Con fundamento en las anteriores consideraciones solicitó que se revoque el fallo apelado y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda”.

Extracto: “ Del valor probatorio de los medios de prueba. La sala valorará los documentos en copia simple que median en el expediente debido a que por disposición del artículo 246 del CGP tienen el mismo valor del original; así entonces, una vez establecida su validez serán apreciados en su conjunto y según las reglas de la sana crítica, conforme a lo preceptuado por el artículo 176 *ibídem*. (...) De la normatividad aplicable: Ley 678 de 2001. El artículo 31 de la Ley 678 de 2001 determina que su vigencia inició a partir de su publicación, lo que tuvo lugar mediante el Diario Oficial No. 44.509 de 4 de agosto de 2001, por manera que se trata del cuerpo normativo llamado a aplicar en el asunto debido a que los contratos de prestación de servicios que entrañaron una relación laboral y llevaron a una condena judicial contra el departamento de Amazonas fueron suscritos en los años 2002 y 2003. De los presupuestos del medio de control de repetición: El medio de control de repetición tiene fundamento constitucional en el artículo 90 al contemplar el deber del Estado de repetir contra los agentes suyos que con su conducta dolosa o gravemente culposa hayan dado lugar a una condena patrimonial por la indemnización de daños antijurídicos, veamos: El precepto en cita incorpora los 4 presupuestos de prosperidad en el medio de control de repetición, los 3 primeros de carácter objetivo y el último subjetivo, estos son: 1. Prueba de la calidad de servidor o ex servidor público en los demandados, 2. Condena contra el Estado proveniente de sentencia judicial, conciliación o de otra forma de terminación de un conflicto, 3. Pago de la obligación, y 4. Acreditación de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes que tenga de nexo de causalidad con el daño. El contrato de prestación de servicios es regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así: (...) Así entonces, el contrato de prestación de servicios tiene por objeto una obligación de hacer que se desempeña por el contratista en forma autónoma y de manera temporal, lo cual se opone a los elementos de una relación laboral en donde confluye una prestación personal, subordinación y remuneración. (...) Cuando se suscribe un contrato de prestación de servicios, pero en realidad lo materializado es una relación laboral, no cabe interpretación diferente a que el ordenamiento jurídico fue trasgredido y es esto precisamente lo que la sala encuentra que ocurrió en el caso en concreto. Sin embargo, como se advirtió anteriormente, en la repetición por mandato constitucional es necesario el elemento del dolo o la culpa grave y si bien, la infracción a la ley da cuenta de un comportamiento gravemente culposos, no basta con constatar su desconocimiento para que opere la presunción, sino que es imperioso comprobar la gravedad de la falla; así lo consagra el numeral 1º del artículo 6º de la Ley 678 de 2001 cuando indica: “Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.” (...) Por manera que debe verificarse que la violación a la ley sea a todas luces inexcusable, deviene imputable a los agentes accionados y tiene nexo de causalidad con el daño. (...) En este caso existe una justificación razonable pues se ha alterado la índole del contrato de prestación de servicios con el propósito de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de educación y se lo ha hecho únicamente de manera transitoria hasta tanto ese servicio sea asumido permanentemente por las entidades territoriales. En este orden de ideas puede establecerse que fue la

SECCION TERCERA

misma ley la que facultó la suscripción de contratos de prestación de servicios docentes, mientras se establecía la planta de personal y se hacían los nombramiento provisionales, luego se tiene que en el caso en concreto, estuvieron motivados por razones del servicio y no por una culpa grave de los accionados. Las declaraciones en cita ratifican que la contratación de la docente (...) no obedeció a un capricho de los accionados, sino a una planta de personal reducida y razones del servicio. Debido a que la actuación de los accionados encontró asidero en razones del servicio para satisfacer el derecho a la educación en el departamento del Amazonas, la sala no aprecia en ellos una culpa grave que permita acceder a las pretensiones en el medio de control de repetición y por ello, dispondrá en la parte resolutive confirmar el fallo desestimatorio de la súplicas de la demanda. Cabe indicar que esta corporación en su Sección Tercera – Subsección A tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un caso similar de repetición, demandante el departamento del Amazonas y accionados (...) y (...) por una relación laboral que encubría contratos de prestación de servicios de docencia, suscritos con (...) (...) .Lo anterior, dentro del proceso con radicación No. 2014-00119-01, el cual culminó con fallo de segunda instancia bajo ponencia del Magistrado Juan Carlos Garzón Martínez; la sentencia desestimatoria fue confirmada al no probarse el elemento subjetivo de la acción repetición, como a su vez ocurrirá en el presente asunto. La sala confirmará la sentencia de primera instancia, proferida el 4 de febrero de 2016, por el Juzgado Único Administrativo Oral de Leticia – Amazonas, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda; lo anterior, debido a que no fue acreditado el presupuesto subjetivo de dolo o culpa grave en los accionados”.

SENTENCIA DEL 8 DE FEBRERO DE 2017, Exp.9100133330012014 00120-01,SECCION TERCERA SUBSECCION “B”. MP. DR. HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN-SEGUNDA INSTANCIA.



SECCIÓN CUARTA

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / COMPAÑÍA DE PROFESIONALES DE BOLSA S.A., COMISIONISTA DE BOLSA / Recurso de reconsideración / RETENCIONES POR CONCEPTO DE GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS – Operaciones de compensación y liquidación – Congruencia entre la liquidación de revisión y el requerimiento especial / HECHOS QUE SE CONSIDERAN VENTA / IMPUESTOS DESCONTABLES – Contratos de asociación – Contrato Abanico.

Síntesis del caso: Determinar si las operaciones financieras de la compañía Profesionales de Bolsa S.A., se encuentran gravadas con el gravamen de movimientos financieros, GMF y así mismo si la actora es sujeto pasivo en calidad de agente de retención.

Extracto: (...)”, el debate se centra en determinar la legalidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 900.008 de 1° de diciembre de 2011 proferida por la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes de Bogotá, y de la Resolución No. 900.301 de 26 de diciembre de 2012 proferida por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN ; para lo cual, conforme a los cargos de nulidad formulados, se hace necesario establecer: (i) si hay congruencia entre el Requerimiento Especial y los actos administrativos acusados; (ii) si las operaciones glosadas se encuentran gravadas o no con el GMF y si la demandante es sujeto pasivo en calidad de agente de retención del GMF en las operaciones glosadas correspondientes a la semana 11 del año 2009; y (iii) si es procedente la sanción por inexactitud imputada. Para resolver el problema jurídico planteado se encuentran acreditados a proceso los siguientes hechos: 1. Que la Compañía Profesionales de Bolsa S.A. el 17 de marzo de 2009 presentó la declaración del Impuesto Gravamen a los Movimientos Financieros correspondiente a la semana 11 (9 al 13 de marzo) del año gravable 2009, liquidando un impuesto a cargo de \$1.344.000 (fl. ...). 2. Que el 15 de marzo de 2011 la DIAN profirió el Requerimiento Especial No. 500003 mediante el cual propuso modificar la declaración semanal de gravamen a los movimientos financieros correspondiente a la semana 11 del año gravable 2009, rechazando las operaciones exentas a que se refiere el numeral 7 del artículo 879 del Estatuto Tributario, e imponiendo sanción por inexactitud a la demandante (fls. ...); acto administrativo al cual la accionante dio respuesta el 15 de junio de 2011, precisando que las operaciones realizadas durante la semana objeto de fiscalización se encuentran enmarcadas dentro de la exención consagrada en el numeral 7° del artículo 879 del Estatuto Tributario, exención que considera es de carácter objetivo(...) el E.T., señala: **Artículo 703. El requerimiento especial como requisito previo a la liquidación. Antes de efectuar la liquidación de revisión, (...) Artículo 711. Correspondencia entre la declaración, el requerimiento y la liquidación de revisión. La liquidación de revisión deberá contraerse exclusivamente a la declaración del contribuyente (...)** Por su parte el artículo 871 del Estatuto Tributario define el hecho generador del gravamen a los movimientos financieros o GMF, así: **Artículo 871. Hecho Generador del GMF. El hecho generador del Gravamen a los Movimientos Financieros lo constituye la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, (...)(...)Parágrafo. Para los efectos del presente artículo se entiende por transacción(...)** La Ley 964 de 2005 reglamentó las operaciones de compensación y liquidación, preceptuando: **ARTÍCULO 9. SISTEMAS DE COMPENSACIÓN Y LIQUIDACIÓN. Para efectos de la presente ley, son sistemas de compensación y liquidación de operaciones el conjunto de (...)** **ARTÍCULO 879: Se encuentran exentas del gravamen a los movimientos financieros: (...)** Por su lado, el artículo 13 del Decreto 405 de 2001, en relación con la definición de las actividades de compensación y liquidación de los depósitos centralizados de valores y de las bolsas de valores, preceptúa: **ARTÍCULO 13. COMPENSACIÓN Y LIQUIDACIÓN. Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto 518 de 2001. (...)**Sobre la correspondencia entre el requerimiento especial y la liquidación oficial el Consejo de Estado ha señalado: “(...)Congruencia entre la liquidación de revisión y el requerimiento especial(...)“(...)Principio de correspondencia entre el requerimiento especial y la liquidación oficial de revisión (...) El principio de correspondencia garantiza el debido proceso y el derecho de defensa del contribuyente al dar respuesta al acto previo con base en el cual la DIAN pretende modificar la declaración privada, (...) el hecho discutido tanto en el requerimiento especial como en la liquidación oficial de revisión, esto es, la glosa propuesta, fue el rechazo de las deducciones por gastos operacionales y otras deducciones frente a los ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional, por no cumplir el requisito de proporcionalidad. (...) la Sala no observa la aludida falta de correspondencia entre el Requerimiento Especial, la Liquidación Oficial de Revisión y la resolución que resuelve el recurso de reconsideración, pues en todos los actos referidos el hecho objeto de investigación y que generó la modificación de la liquidación privada, se refirió a la transferencia de los fondos o recursos de la liquidación y compensación de títulos valores realizada a terceros por disposición de los clientes inversionistas y si dicha operación contable se enmarcaba dentro de la exención prevista en el numeral 7° del artículo-

SECCIÓN CUARTA



lo 879 del E.T., (...) por lo que el contenido de los tres actos administrativos permite determinar con claridad la circunstancia que originó el proceso de fiscalización en su contra. En ese orden, al evidenciarse que en el Requerimiento Especial se propuso la modificación de la declaración del impuesto de GMF correspondiente (...) por cuanto desde el acto preparatorio la Administración Tributaria desconoció respecto de la operación contable referida la exención invocada por la sociedad actora; **por lo que NO prospera el cargo de nulidad.** Para el efecto, es oportuno traer a colación el estudio que esta Corporación (Sentencia del 16 de mayo de 2013 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta Subsección “A”, M.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto, expediente No. 25000-23-37-000-2012-00120-00) (...) efectuó sobre las operaciones de compensación y liquidación en el mercado de valores y su relación con el GMF cuando la transferencia de los recursos se realiza a un tercero distinto del inversionista, en un caso que guarda identidad de argumentos fácticos y jurídicos con el que es objeto de análisis. Se expuso en esa oportunidad: “(...) Al respecto, es conveniente hacer un estudio de qué se entiende por operaciones de compensación y liquidación, para así establecer si la exención establecida en el numeral 7° del artículo 879 del Estatuto Tributario, procede cuando en las operaciones de liquidación o compensación se da una transferencia de fondos u orden de pago a un tercero. El sistema de compensación y liquidación, se encuentra conformado por todo el conjunto de operaciones (acuerdos, agentes, normas, procedimientos y demás mecanismos) que tengan por objeto la confirmación, compensación y liquidación, de las diferentes operaciones que se realicen sobre el mercado de valores. El párrafo del artículo 9 de la Ley 964 de 2005, (...) Determinado que a las operaciones glosadas en los actos acusados respecto de la semana 11 del año gravable 2009 (transferencia de los fondos o recursos de la compensación y liquidación de títulos a terceros) estaban cobijadas por la exención prevista en el numeral 7° del artículo 879 del Estatuto Tributario, y que por ende no estaban gravadas con el GMF, **prospera el cargo analizado**, razón por la cual, la Sala se releva del estudio del cargo relacionado con la sanción por inexactitud, y declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, y a título de restablecimiento del derecho la firmeza de la declaración del gravamen a los movimientos financieros correspondiente a la semana 11 del año gravable 2009”. (Negrillas del original).

SENTENCIA DEL 01 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 25000-23-37-000-2013-00459-00, SECCIÓN CUARTA - SUBSECCIÓN “A”, MP. Dra. GLORIA ISABEL CÁCERES MARTÍNEZ – Primera Instancia.

SECCIÓN CUARTA

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / IMPUESTO IVA - Impuesto al Valor Agregado / RECURSO DE RECONSIDERACIÓN - Requerimiento especial - CONDUCTENCIA DE LA PRUEBA - Carga de la prueba

Síntesis del caso: El debate se centra en determinar si con la expedición de los actos Administrativos se vulneró el derecho al debido proceso de la demandante, y si la Administración Tributaria desatendió la validez legal de las pruebas obrantes en el expediente Administrativo.

Extracto: “La DIAN profirió en contra de la cooperativa demandante el Requerimiento Especial del Impuesto sobre las Ventas No. 322402011000132 del 25 de mayo de 2011 por el cuarto bimestre del año 2010, proponiendo modificar la declaración presentada por la contribuyente, (...)se solicitó como prueba la práctica de inspección a las instalaciones de la sociedad SIDERURGIA NACIONAL SIDENAL S.A., con el fin que se revisaran los tiquetes de báscula que determinaban el ingreso físico de la chatarra vendida, y se obtuviera copia de cada uno de esos tiquetes para que se evidenciara la información del conductor y las placas del vehículo que entregó la mercancía; así mismo se solicitó la recepción de los testimonios de los conductores que entregaron y recibieron la chatarra vendida(...) no obstante, la DIAN profiere la Liquidación Oficial de Revisión No. 322412012000007(...) decisión contra la cual se interpuso recurso de reconsideración(...)Determinados los hechos probados en el proceso, y en aras de **determinar si la expedición de los actos acusados vulneró el derecho al debido proceso de la demandante**, se hace necesario establecer el trámite probatorio en vía administrativa frente al proceso de determinación de un impuesto. El artículo 746 del E.T. señala: “**Artículo 746. Presunción de veracidad.** Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, (...) Por su parte, el artículo 707 ibídem, prescribe: “**Artículo 707. Respuesta al requerimiento especial.** Dentro de los tres (3) meses siguientes, (...) Por su parte, la administración tributaria tiene la carga de respaldar con pruebas que los hechos consignados en la declaración privada no son ciertos; y la ley tributaria ha establecido como medios de prueba, entre otros, la inspección tributaria,

la inspección contable y, como mecanismo de recaudo y conservación de pruebas, la facultad de registro. Señala el artículo 742 del E. T.: “**ARTICULO 742.- Las decisiones de la administración deben fundarse en los hechos probados.** La determinación de tributos y la imposición de sanciones (...) Y sobre la idoneidad de las pruebas, el artículo 743 preceptúa: “**ARTICULO 742.- Idoneidad de los medios de prueba.** La idoneidad de los medios de prueba depende, en primer término, de las exigencias que para establecer determinados hechos preceptúen las leyes (...)La parte demandante considera que la Administración Tributaria vulneró su derecho al debido proceso al no haberse pronunciado sobre las pruebas solicitadas en la respuesta al requerimiento especial en auto que fuera susceptible de recurso de reposición y apelación, (...)Sobre el momento en que deben valorarse las pruebas, el Consejo de Estado ha indicado: (**Sentencia del 15 de abril de 2010 del Consejo de Estado – Sección Cuarta, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente No. 25000-23-27-000-2002-01276-02(16571).** “(...)La actividad de valoración se debe manifestar en los actos administrativos que se expiden dentro de la actuación administrativa de determinación del tributo o de imposición de sanción, porque en esos actos administrativos o en las actas que formen parte de éstos (actas de inspección tributaria y contable) se deben plasmar las razones en que se sustenta la decisión y, por supuesto, esas razones se fundamentan, en la mayoría de los casos, en la valoración de la prueba que se recauda y practica de oficio o a petición de parte. De ahí que al contribuyente le corresponde controvertirla. (...)”



SECCIÓN CUARTA

(...)En esa actividad de defensa, el contribuyente también ejerce una suerte de valoración de la prueba, en la medida que el ejercicio de contradicción de la prueba amerita su análisis para desvirtuar las conclusiones (...) (...)” (subrayas fuera de texto). En el presente caso, la demandante al dar respuesta al requerimiento especial proferido en su contra, solicitó: “(...)PRUEBAS QUE SE APORTAN 1. Anexo certificación expedida por el revisor Fiscal de SIDERURGIA NACIONAL S.A. en la que señala cuantas toneladas de chatarra se le vendieron durante el bimestre en discusión (...) Solicitud probatoria respecto de la cual la Administración en la Liquidación Oficial de Revisión, indicó: “(...) En estos casos no se demostró la realidad del hecho económico y se hace necesario que con ocasión a la respuesta al Requerimiento Especial, la sociedad contribuyente aporte “TODAS”, las pruebas que le permitan demostrar lo que está controvertiendo, para que la Dirección Seccional pueda valorarlas, con el fin de determinar las glosas objeto de discusión. Como se observa en la contestación, el Representante legal no aporta pruebas contundentes, sino que se limita a cuestionar la forma fiscalizadora(...) Así las cosas, en el presente caso, al haber existido pronunciamiento de la DIAN sobre las pruebas solicitadas por la Cooperativa demandante, no se advierte vulneración de su derecho al debido proceso, máxime cuando se reitera, la decisión de denegar la solicitud probatoria podía ser controvertida por la contribuyente (...) podía hacer uso de su derecho de defensa, por lo tanto, **no prospera el cargo analizado**. La Sala observa que la DIAN en ejercicio de su facultad de fiscalización, efectuó una comprobación especial de las operaciones realizadas por la sociedad contribuyente con los terceros, con el fin de verificar su realidad, y para ello expidió autos de verificación o cruce, realizó visitas a los proveedores, y como resultado de la labor de fiscalización, arribó a las siguientes conclusiones, consignadas en informe final rendido por funcionario auditor de la División de Fiscalización de la entidad: “(...)RECAUDACIÓN DE PRUEBAS Dando cumplimiento a lo ordenado en el Auto de Apertura No. 322402011000139 del 28 de Enero de 2011 con el fin de verificar las operaciones informadas por la Cooperativa, se procedió a elaborar los respectivos Autos de Verificación o Cruces de Información, Autos Misosorios y Oficios a las diferentes Direcciones Seccionales de aquellas Ciudades de donde la Cooperativa reportó Clientes y Proveedores con los que sostuvo vínculos económicos durante el Cuarto bimestre de 2010, (...) NO HAY QUIEN RECIBA el 18 de Enero de 2011 y Publicado en el Diario LA REPUBLICA el 18 de Abril de 2011 (Folio...). Posteriormente el día 17 de Mayo de 2011, se allega a este grupo de Trabajo el Radicado No. 209577 fechado el 16 del mismo mes y año, suscrito por el señor ..., trayendo adjunto copias de los siguientes documentos (Folios.): DEclaración de Ventas No. 30076458226533 del 9 de Septiembre de 2010 presentada sin pago (...) Estos proveedores, tienen un común denominador: No fue posible su ubicación telefónicamente, se realizaron llamadas a los números que figuran en las facturas de ventas allegadas y en algunos casos son personas desconocidas. Desde el punto de vista fiscal algunos se encuentran omisos en tanto en renta como en Ventas, otros declaran pero arman las declaraciones de tal manera que no les arroja saldo. En otros casos declaran y cancelan sumas irrisorias (...) contrario a lo manifestado por la parte actora, desplegó una labor diligente con el fin de contactar a los terceros para así corroborar la existencia de los costos e impuestos descontables cuya devolución solicitó, sin encontrar una respuesta favorable que le permitiera confrontar la información aportada por el contribuyente, motivo por el cual cuestiona la realidad de esas operaciones. Sobre la facultad de fiscalización de la Administración y la valoración de la prueba en materia tributaria, el Consejo de Estado (Sentencia de 1 de marzo de 2012 del Consejo de Estado – Sección Cuarta, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, exp. No. 76001-23-31-000-2004-01369-01(17568).(...) ha expresado: “(...)La administración, en todo caso, también puede desvirtuar los hechos declarados por el contribuyente, pues la facultad fiscalizadora persigue comprobar la certeza, la veracidad o la realidad de los hechos (...) para respaldar los hechos que declara en el denuncia rentístico (Sobre el tema, ver: sentencia del 15 de abril

SECCIÓN CUARTA

de 2010, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Expediente N°: 25000232700020020127602 (16571) con acumulación del proceso N° 250002327000200400237-01 Demandante: LABORATORIOS DE COSMÉTICOS VOGUE S.A. (EN RESTRUCTURACIÓN)..(...)II. **Valoración de la prueba en materia tributaria.** *Conforme se precisó anteriormente, la autoridad tributaria también tiene la carga de comprobar la certeza, la veracidad y la realidad de los hechos que el contribuyente declara en el denunciario rentístico y en las respuestas a los requerimientos que le formula. La actividad de valoración se debe manifestar en los actos administrativos que se expiden dentro de la actuación administrativa de determinación del tributo o de imposición de sanción. En los actos administrativos o en las actas que formen parte de éstos (las actas de inspección tributaria y contable) se deben plasmar las razones en que se sustenta la decisión y, por supuesto, esas razones se fundamentan, en la mayoría de los casos, en la valoración de las pruebas que la administración recauda y en las que practica de oficio o a petición de parte.(...)Al contribuyente, por su parte, le corresponde controvertir las pruebas que recauda la administración (sic) al interior del procedimiento tributario. En esa actividad de defensa, el contribuyente también ejerce una suerte de valoración de la prueba, en la medida que el ejercicio de contradicción de la prueba amerita su análisis para desvirtuar las conclusiones a las que arribó la autoridad tributaria. En consecuencia, la labor tanto de la administración como del contribuyente no debe ni puede ser pasiva, pues de la actividad que desarrollen dependerá la prosperidad del caso a favor de una de las partes, (...) las pruebas que aducen las partes son las que, según el caso, desvirtúan o confirman la presunción de legalidad(...)*Respecto de los proveedores que no fueron ubicados por la DIAN, la demandante no allegó ni en vía administrativa ni judicial el documento idóneo que acreditara las transacciones comerciales realizadas, sólo se limita a afirmar que dichos proveedores se encuentra inscritos en el RUT y por lo tanto, tal circunstancia demuestra su existencia y la veracidad de las relaciones comerciales; no obstante, conforme las normas en cita, la contribuyente no desvirtuó con la prueba idónea la simulación de negocios jurídicos, conclusión a la cual arribó la autoridad tributaria.(...) se verifica que dichos documentos cumplen con los requisitos señalados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario, y en esa medida constituirían en principio plena prueba para la procedencia de los impuestos descontables; no obstante, en razón a la actuación que adelantó la Administración en la etapa de Fiscalización con el fin de corroborar con los terceros la existencia de estas operaciones, y que llevó a concluir que respecto de dichos proveedores no se advertía la suficiente capacidad económica para realizar las transacciones comerciales en los montos indicados, era deber de la hoy actora, a través de los diferentes medios de prueba consagrados en la ley, llevar al convencimiento a la Administración sobre la existencia de estas operaciones, lo que no ocurrió; aunado a que tampoco en vía judicial la sociedad actora aporta nuevos medios probatorios o solicita la práctica de pruebas tendientes a demostrar la ocurrencia del proceso económico que culminó con los impuestos descontables solicitados, pese a que en vía administrativa las pruebas solicitadas fueron negadas por improcedentes. El análisis precedente conlleva a concluir que la decisión adoptada en los actos acusados se fundamentó en una valoración probatoria que arrojó como resultado la inexistencia de las transacciones económicas entre la sociedad actora y sus proveedores, sustento de la solicitud de devolución de impuestos descontables, y que dicha valoración no fue desvirtuada por el contribuyente en vía administrativa ni judicial, por lo que se mantiene incólume la legalidad de los actos administrativos demandados, **y procede denegar las pretensiones de la demanda**". (Subrayado y negrillas del original).



SENTENCIA DEL 08 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 25000-23-37-000-2013-00397-00, SECCIÓN CUARTA - SUBSECCIÓN "A", MP. Dra. GLORIA ISABEL CÁCERES MARTÍNEZ - Primera Instancia.

SECCIÓN CUARTA



NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ADICIÓN DE INGRESOS POR CONCEPTO DE “AUTOCONSUMO” DE INVENTARIOS / HECHOS QUE SE CONSIDERAN VENTA / IMPUESTOS DESCONTABLES – Contratos de asociación – Contrato Abanico

Síntesis del caso: Procede la Sala a determinar, si la Liquidación Oficial de Revisión No. 312412013000028 del 10 de abril de 2013, mediante la cual se modificó a la sociedad actora la liquidación, está viciada de nulidad o si por el contrario, dicho acto administrativo está fundamentado en la normatividad legal vigente, Si es procedente la sanción por inexactitud impuesta por la Administración de Impuestos.

Extracto: “(...)el contribuyente incurrió en auto consumo de inventarios, exclusión de ingresos por comisiones de ventas, compensación por costos administrativos y la deducción de impuestos descontables cuando no tenía derecho a ello, originando así la imposición de la sanción por inexactitud.5.1 Para resolver, la Sala comienza por analizar la legalidad de la adición de la suma de \$16.410.000 en el renglón 46, por concepto de “autoconsumos en desarrollo de los contratos /RIO CEIBA (CAGUAN), ACACIAS-LAS QUINCHAS y ABANICO”, para lo cual es preciso entender en primera medida, que se entiende por contrato de asociación, siendo este el vínculo contractual que sujeta la ejecución de exploración y explotación de hidrocarburos entre la hoy demandante y el Estado Colombiano. El contrato de asociación o colaboración a riesgo compartido, es un contrato de los denominados atípicos e innominados, surgido como una solución a las necesidades comerciales públicas(...) b) del artículo 421 del Estatuto Tributario, en interpretación armónica con el contenido del artículo 63 del Decreto 2649 de 1993, lo cual está gravado por el impuesto a las ventas; ahora se hace necesario entrar a revisar si en el caso objeto de estudio se cumplen tales parámetros. Respecto a la propiedad en materia de recursos no renovables, el artículo 332 de la Constitución Política, dispone que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes, donde en virtud de esta norma, el Estado Colombiano celebra con los particulares, contratos de asociación, para la exploración y explotación de crudo. En el caso de marras, la sociedad demandante suscribió tres contratos de asociación con el Estado, actuando sólo como asociado en el contrato de asociación denominado RIO CEIBA, con un consumo de 711 barriles de petróleo en el período objeto de investigación, y como operador, en el contrato de LAS QUINCHAS, con un consumo de 76 barriles de petróleo y en el contrato de ABANICO, con un consumo de 530 barriles de petróleo, en idénticos períodos. El crudo, respecto del cual la DIAN predica el autoconsumo por parte de la hoy demandante, es el utilizado en la etapa de producción, para dar energía al pozo, (...)no se encuentra demostrado que el crudo consumido en esta etapa sea de su propiedad, toda vez que su destinación está reservada en su totalidad para el beneficio del contrato, y no para una de las partes o el operador, de conformidad con lo pactado en los respectivos contratos y por disposición legal, contenida en el artículo 41 del Código de Petróleos; (...) no se reputa de propiedad de PACIFIC STRATUS ENERGY, por lo cual no le es aplicable el contenido del literal b) del artículo 421 del Estatuto Tributario.(...) dentro del plenario no hay

SECCIÓN CUARTA

prueba si quiera sumaria que permita establecer que el negocio jurídico llevado a cabo entre las sociedades PACIFIC STRATUS ENERGY y META PETROLEUM en relación a la oferta mercantil del 26 de noviembre de 2007 desarrollada por ésta última, sea una prestación de servicios por parte de la hoy demandante, ya que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto 1372 de 1992, se encuentra que para la existencia de un servicio, se necesita que una de las partes se obligue a hacer una determinada actividad, (...) **CONTRATO DE ASOCIACIÓN CAGUAN/RIO CEIBA:** “12.5. *El operador podrá usar el petróleo crudo y el gas, que se consuma en: desarrollo de las operaciones de producción en el área contratada y estos consumos estarán exentos de las regalías de que trata la cláusulas 13.1 y 13.2.*” “14.1 *El petróleo producido, exceptuando el que haya sido utilizado en beneficio de las operaciones de este contrato, y el que inevitablemente se desperdicie en estas funciones, será transportado a los tanques comunes (...)*”. la Sala contrario a lo expuesto por la entidad demandada no encuentra que sea procedente el rechazo de la suma de \$965.000 por concepto de impuestos descontables, en tanto que las operaciones de arrendamiento de vehículos se encuentran soportadas en debida forma con documentos equivalentes a factura que cumplen el lleno de los requisitos exigidos en el artículo 3° del Decreto 522 de 2003, en la medida que los certificados de régimen simplificado de los señores... por PACIFIC STRATUS ENERGY, cumplen con los requisitos del documento equivalente a factura, toda vez que en ellos se encuentra identificado en debida forma las partes de la operación, el valor de la misma, el impuesto retenido y tienen una numeración consecutiva; además los valores allí indicados concuerdan con los valores del certificado de revisor fiscal de 3 de julio de 2013, razón por la cual prospera el cargo”. (Negrillas y Subrayado del documento original).

SENTENCIA DEL 08 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 250002337000-2013-01082-00, SECCIÓN CUARTA - SUBSECCIÓN “A”, MP. Dra. AMPARO NAVARRO LÓPEZ – Primera Instancia.



SECCIÓN CUARTA

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONTRIBUCIÓN POR CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA – Responsabilidad Solidaria Consorcios y Uniones Temporales / CONTRIBUCIÓN POR CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA / OBLIGACIÓN DE PRACTICAR RETENCIONES A CARGO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS - Sanción por mora en la consignación de los valores recaudados – Facultad de las entidades públicas para solicitar cobro de créditos a su favor.

Síntesis del caso: La sala procede al estudio de la legalidad del acto administrativo por medio del cual el Ministerio de Minas y Energía declara una deuda a su favor y se constituye un título ejecutivo en contra del Consorcio Minminas 2008 y las sociedades Vanegas & Garzón S.A.S. y G y G Constructores S.A.S. en su calidad de deudoras solidarias.

Extracto: “(...) La Sala hará el siguiente recuento sustentado en las pruebas documentales que reposan en el plenario: El 1º de diciembre de 2008, los representantes legales de las sociedad demandantes suscribieron la conformación del Consorcio denominado “*Consorcio Archivo Minminas 2008*”, con el propósito de complementar sus capacidades técnicas, operativas, administrativas y financieras dentro de la Licitación Pública No. 08 de 2008 abierta por el Ministerio de Minas y Energía. En la cláusula 6ª de dicho documento, se estableció que el porcentaje de participación de los miembros del consorcio estaría distribuido así: 50% para la sociedad Vanegas & Garzón S.A.S. y 50% para la sociedad G y G Constructores S.A.S. (fls. 62 y 63). El 29 de diciembre de 2008, el Ministerio de Minas y Energía en su calidad de contratante, y el Consorcio Archivo Minminas 2008 integrado por las sociedades Vanegas & Garzón S.A.S. y G y G Constructores S.A.S., en su calidad de contratista, suscribieron el Contrato de Obra Pública No. GSA 115-2008 para la construcción de la primera etapa de ampliación del Archivo Central del Ministerio de Minas y Energía, (...) decidió dar inicio al proceso de cobro por jurisdicción coactiva contra el CONSORCIO ARCHIVO MINMINAS 2008, y solidariamente responsables VANEGAS Y GARZÓN S.A.S. y G Y G CONSTRUCTORES S.A.S., con porcentaje de participación del 50% cada una, tras considerar “*que si bien el Ministerio de Minas y Energía pudo haber efectuado la retención de ley, es procedente el que a través de esta dependencia se procure el pago de la referida contribución o impuesto por parte del contribuyente a la DIAN, antes que permitir se nos ejecute o debamos adelantar traslado presupuestal alguno para cumplir con el mismo, o debiendo acudir a estas medidas, repetir lo pagado y los demás gastos en que deba incurrirse para el efecto*” (fls...). **CONTRIBUCIÓN POR CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA.** Ley 1106 de 2006, “*por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y se modifican algunas de sus disposiciones*”, en su artículo 6º establece que todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición. El Parágrafo 2º de dicha disposición normativa obliga a los socios, coparticipes y asociados de los consorcios y uniones temporales que celebren contratos de tal naturaleza, a responder solidariamente por el pago de la contribución del cinco por ciento (5%), a prorrata de sus aportes o de su participación. (...) Nótese que la misma norma señala que en todo caso, de dicho reembolso se exonera el monto que haya sido ordenado por el fisco, por concepto de intereses y sanciones ocasionadas por el retraso en la retención, pues el pago de estos será de exclusiva responsabilidad del agente retenedor. Concordante con lo anterior, el artículo 634 ibídem prevé: “**ARTÍCULO 634. SANCIÓN POR MORA EN EL PAGO DE IMPUESTOS, ANTICIPOS Y RETENCIONES.** Los contribuyentes o responsables de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, incluidos los agentes de retención, que no cancelen oportunamente los impuestos, anticipos y retenciones a su cargo, deberán liquidar y pagar intereses moratorios, por cada día calendario de retardo en el pago.(...)(Se resalta). Y el canon 636 del mismo cuerpo normativa señala: “**ARTÍCULO 636. SANCIÓN POR MORA EN LA CONSIGNACIÓN DE LOS VALORES RECAUDADOS POR LAS ENTIDADES AUTORIZADAS.** Cuando una entidad autorizada para recaudar impuestos, no efectúe la consignación de los recaudos dentro de los términos establecidos para tal fin, se generarán a su cargo y sin necesidad(...)(...)De cara a este punto, advierte la Sala que,

SECCIÓN CUARTA



contrario a lo afirmado por las sociedades demandantes, aun cuando el fisco puede investigar al agente retenedor por el incumplimiento de su obligación de anticipar el pago del tributo, la naturaleza de aquella sigue siendo la misma respecto del contribuyente, es decir, su carácter tributario no se pierde por el hecho de que el agente retenedor haya respondido por su cumplimiento frente al ente de fiscalización. Tan cierto es, que el precepto normativo contenido en el artículo 6° de la Ley 1106 de 2006 tantas veces mencionado permite al agente retenedor repetir contra el sujeto pasivo de la obligación tributaria para que este reintegre el pago anticipado al que hubiere lugar, con ocasión de la omisión en la retención que en su oportunidad debió haber efectuado la entidad contratante, en tanto el impacto económico debe ser soportado por el beneficiario del pago, esto es, por el contribuyente propiamente dicho. Al respecto, el H. Consejo de Estado en un caso similar al aquí debatido señaló: *“Lo anterior no implica que GRANAHORRAR tenga que soportar la carga económica del impuesto, pues si bien el artículo 370 del Estatuto Tributario la hace responsable de las retenciones dejadas de practicar, esta responsabilidad es “sin perjuicio de su derecho de reembolso contra el contribuyente”. Esto significa, que la ley le otorga el derecho al agente retenedor que ha satisfecho la obligación, para repetir contra el beneficiario del pago o abono en cuenta y quien es el verdadero sujeto pasivo del impuesto. Es entonces la empresa de teléfonos de Bogotá quien debe reintegrarle los valores a GRANAHORRAR, no la Administración Tributaria que como se indicó.(...)”* (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 26 de abril de 2007. Expediente No. 2002-01196-01. C.P. Dra. Ligia López Díaz.). Así las cosas, la obligación cuyo reembolso solicita el Ministerio demandado es eminentemente tributaria y su tratamiento se encuentra contemplado en los artículos 370 del E.T. y 6° de la Ley 1106 de 2006, que de suyo convierten en legal el actuar de la entidad contratante en uso de la facultad de cobro de que trata el artículo 112 de la Ley 6ª de 1992, concordante con lo previsto en el canon 5° de la Ley 1066 de 2006, para hacer efectivo de las sociedades Vanegas & Garzón S.A.S. y G y G Constructores S.A.S. el crédito exigible a su favor, consistente en el reintegro de los dineros pagados al fisco con posterioridad a la terminación del contrato de obra pública, por concepto de la contribución analizada. En ese orden de ideas, era viable, como en efecto sucedió en el *in examine*, que el Ministerio de Minas y Energía expidiera el acto administrativo para constituir el título ejecutivo correspondiente, con el fin de dar inicio al proceso de cobro coactivo, en tanto aquel contenga una obligación expresa, clara y exigible. Por ello, la Resolución No. 90.420 del 22 de abril de 2014 respecto de la exigibilidad del pago de la obligación tributaria equivalente a \$150.062.000 no está viciada de nulidad. Sin embargo, en relación con el reembolso que en el mismo acto administrativo acusado pretende cobrar la parte demandada a las sociedades demandantes a título de intereses de que tratan los artículos 634 y 635 el E.T., encuentra la Sala que tal decisión desconoce lo previsto en el artículo 370 *ibídem*, dado que la configuración de estos deviene del incumplimiento de su deber de practicar las retenciones a que haya lugar, lo que convierte al agente retenedor en exclusivo responsable del pago de los mismos.” (Negritas del texto original).

SENTENCIA DEL 26 DE ENERO DE 2017, Exp. 25000-23-37-000-2015-00440-00, SECCIÓN CUARTA - SUBSECCIÓN “B”, MP. Dra. CARMEN AMPARO PONCE DELGADO – Primera Instancia.

NOTICIAS DESTACADAS

MEDIDAS CAUTELARES ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.

AUTO / MEDIO DE CONTROL PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA – Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. – Odebrecht Latinvest Colombia S.A. – URGENCIA EN LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR – Finalidad de prevención de amenaza o daño inminente a un derecho o hacer cesar el causado – El derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público – Acceso a los servicios públicos y a la prestación eficiente y oportuna - Instrumentalidad, idoneidad, variabilidad y proporcionalidad de las medidas para garantizar la protección de los derechos, de cara a los perjuicios a originarse por el transcurso del tiempo / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE SOCIEDAD CONTRATISTA DEL ESTADO – Medidas de embargo para garantizar el amparo provisional de los derechos colectivos al patrimonio público - Limitación del embargo.

Síntesis del caso: La Sala procede el estudio de la medida cautelar de urgencia, solicitada por el Procurador General de la Nación, en ejercicio del Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos contra la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura.

Extracto: “...Las medidas cautelares son instrumentos creados por el Legislador que buscan amparar un derecho en litigio de forma previa, garantizando así que la duración del mismo no influya en la efectividad de la decisión final y que se establezca un marco de protección previo sobre el derecho e interés objeto del proceso. (...)el parágrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 establece una relación de complementación entre el régimen de medidas cautelares previsto en dicha ley y el de la Ley 472 de 1998 (acciones populares) pues se dispuso en la primera de las normas mencionadas que la regulación allí prevista era aplicable a la regulación que sobre medidas cautelares contempla la ley de acciones populares: **“Artículo 229. [...]Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos [...] de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.”** (...)”**ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA.** Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el **Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior.(...)** (Destacado por la Sala). De otro lado, cabe señalar que la diferencia realmente destacable entre las **medidas cautelares ordinarias** y las de **urgencia** radica en el trámite que debe darse, pues con respecto a las últimas se omite el traslado de la solicitud de medida cautelar.(...)También cabe señalar que conforme al artículo 232, inciso final, de la mencionada ley 1437 de 2011 no se requerirá de caución cuando se trate de los procesos que tengan **por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública:** **“Artículo 232. [...] No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos,(...) Sobre la naturaleza de la medida cautelar de urgencia, el Consejo de Estado ha precisado:“[...] el Despacho pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y que pretenden la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado, se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la medida, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda** (conforme al artículo 229 del Código); en otras palabras, esta disposición constituye una **protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo [...] dado el apremio con que se adopta dicha medida cautelar, dejando de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal adquiriendo unas características y contornos particulares y diferenciados, pues ella en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial** sui generis de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, en adelante por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia” (Destacado por la Sala).(...) el principal objetivo de la medida cautelar en el trámite del Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos es salvaguardar los derechos o evitar que se ocasionen mayores agravios o perjuicios a las prerrogativas que protege este tipo de acción. Para ello, se dota al Juez de la Acción Popular de una serie de potestades frente a las partes y sus actos, los trámites que adelanten e, incluso, frente a las decisiones que éstas puedan adoptar.(...) el Tribunal recuerda que la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia de 17 de marzo de 2015(Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), precisó cuáles son los criterios que con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 debe tener en cuenta el Juez para el decreto de medidas cautelares:“La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora. El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura

NOTICIAS DESTACADAS

MEDIDAS CAUTELARES ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.

cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho**” (Destacado por la Sala). El criterio jurisprudencial anterior fue complementado en auto de 13 de mayo de 2015, en la cual la misma Corporación sostuvo: (Expediente No. 2015.00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa) “Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad” (Destacado por la Sala). (...) Una vez revisados los argumentos de la demanda y de la solicitud de medida cautelar, la Sala considera que en este caso la medida cautelar de urgencia pretende evitar la ocurrencia de perjuicios irremediables a los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa, la Defensa del Patrimonio Público y el Acceso a los Servicios Públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. Así mismo, la relevancia de la medida cautelar de urgencia se justifica en la necesidad de evitar o minimizar impactos negativos a los derechos colectivos objeto del Medio de Control y, específicamente, en lo que la Sala considera una obra pública de importancia nacional que pretende garantizar el servicio público de transporte y la movilidad de las personas entre el interior del país y la Costa Norte; en especial, si se toma en consideración que los hechos de corrupción que amenazan y vulneran los derechos colectivos tienen trascendencia nacional e internacional y comprometen el buen nombre de las instituciones públicas y de los legítimos intereses del Estado colombiano. Es necesaria la adopción de medidas urgentes para superar el estado actual de incertidumbre financiera y jurídica al que se vio avocada la Nación con motivo de los actos de corrupción en que incurrieron algunos accionistas de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y un funcionario del Estado en el trámite de adjudicación de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009. En efecto, el informe que reveló el Departamento de Justicia de los Estados Unidos el 21 de diciembre de 2016, en el marco del preacuerdo alcanzado en el caso U.S. vs Braskem S.A. –Odebrecht S.A., No. 16-CR-643 y la audiencia de imputación de cargos del 15 de enero de 2017 en la cual el señor... aceptó cargos por los delitos de cohecho impropio, celebración indebida de contratos y enriquecimiento ilícito, constituyen prueba sobre la comisión de ilícitos tendientes a lograr la adjudicación a un proponente específico de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009. Así mismo, se encuentra demostrado en el proceso que los actos corruptos de particulares y el funcionario del Estado lograron el objetivo de adjudicar la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 en favor de un determinado proponente. En este sentido, la Sala considera necesaria la adopción de medidas y de correctivos urgentes que, de forma transitoria, constituyan un amparo temporal para efectos de superar las probadas amenazas y vulneraciones a los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa, al Patrimonio Público y al Acceso al Servicio Público y a que su prestación sea eficiente y oportuna. En el presente caso, es notorio el peligro de lesión de los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa y al Patrimonio Público en la medida en que la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., pese al reconocimiento judicial sobre los hechos de corrupción que posibilitaron la adjudicación en su favor del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, va a continuar recibiendo beneficios de su posición contractual (...) para el Tribunal probados, al menos para los efectos de esta medida previa, los dos extremos que se coludieron en el acto de corrupción consistente en la adjudicación irregular del Contrato de Concesión No.001 de 2010. De una parte la empresa Odebrecht, que a través de sus ejecutivos ofreció el soborno, y de otra, al entonces Gerente General (e) del INCO quien aceptó desarrollar una serie de acciones tendientes a lograr la adjudicación del contrato mencionado a favor de la promesa de sociedad futura, que a la postre sería la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. acudiendo a medios ilícitos. Dado que las aseveraciones en las que se fundamentó la Fiscalía General de la Nación en la imputación hecha al señor... para sostener que hubo participación de los altos ejecutivos de Odebrecht emanan del acuerdo al que dicha empresa llegó con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, a instancias de la Corte del Distrito Este de Nueva York, las mismas, en tanto piezas judiciales debidamente fundamentadas emitidas ante una corte extranjera, ofrecen al Tribunal suficiente credibilidad acerca del compromiso de la empresa aludida en el acto de corrupción. De otro lado, se encuentra la aceptación de cargos efectuada por el señor... ante el Juzgado 26 Municipal de Control de Garantías, que una vez examinada ofrece también a la Sala elementos de convicción claros acerca de la participación de quien entonces fungía como representante de la Administración en el acto ilícito de que se trata. Este es un medio de prueba que proviene de la justicia colombiana y que constituye un indicio sólido para emitir la presente decisión. (...) Para concretar el contenido, los límites y alcances del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, la Sala considera que se deben analizar dos perspectivas que si bien son concurrentes pueden distinguirse, a saber: (i) el ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico, como elemento objetivo; y (ii) que dicho ejercicio busque, desde el punto de vista subjetivo o del ánimo que impulsa al funcionario, el cumplimiento del cometido estatal. En efecto, se debe tener en cuenta

NOTICIAS DESTACADAS

MEDIDAS CAUTELARES ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.

que el mero desconocimiento del orden jurídico no implica violación del derecho a la Moralidad Administrativa, pues se requiere que dicho alejamiento de la normativa aplicable tenga el propósito de satisfacer **intereses distintos** a la finalidad que se persigue con el ejercicio de la función pública. (Destacado por la Sala)(...) “Aprovecha la Sala esta oportunidad para señalar que el alcance de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4 de la Ley 472, naturalmente incluye los bienes inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de propiedad por parte del Estado, pues existen eventos en que él mismo es el ‘sujeto’ llamado -a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos. “Tal es el caso del territorio nacional -del cual forman parte, entre otros, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria-, respecto del cual en la doctrina del Derecho Internacional(...) (...) **En síntesis, este concepto de patrimonio, abarca todos los bienes materiales e inmateriales que se encuentran en cabeza del Estado como su titular (bienes de uso público, bienes fiscales y el conjunto de derechos y obligaciones que contraiga) y aquellas que lo constituyen (es decir todo aquello que se entiende incluido en la definición de Estado como territorio). Ahora bien, la consagración del patrimonio público como derecho colectivo, tiene por objeto indiscutible, su protección lo que implica una doble finalidad: la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad (sic) respectiva. Cualquier incumplimiento de estas dos finalidades, implica la potencial exigencia de la efectividad de tal derecho colectivo por parte de cualquier miembro de la colectividad**” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de mayo de 2008, Exp. 2005-01423 (AP), C.P. doctor Ramiro Saavedra Becerra) (Destaca la Sala). (...) En el contexto señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sección Primera. Sentencia del nueve (9) de agosto de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-25-000-2004-00786-01(AP). Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE.), la prestación eficiente y oportuna de un servicio implica, **en cuanto a su acceso**, la capacidad de los miembros de la comunidad de convertirse en usuarios del servicio; y **en cuanto a la eficiencia y oportunidad del mismo**, consiste en la puesta a disposición del usuario de los recursos necesarios para el logro del propósito cuya respuesta en su prestación debe entenderse dentro de un periodo razonable y permanente. Pues bien, el artículo 365 de la Constitución establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y, en esa medida, se debe asegurar su prestación eficiente y oportuna a todos los habitantes del territorio colombiano. Dicha normativa establece, además, que la prestación de los servicios públicos pueda efectuarse por el Estado de forma directa o indirecta, por comunidades organizadas o por particulares. Sin embargo, la regulación, control y vigilancia de tales servicios siempre se mantiene a cargo del Estado. Por su parte, la Ley 105 del 30 de diciembre de 1993 “por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones” estableció que **la infraestructura del transporte es un servicio público que se encuentra a cargo de la Nación** aun cuando en virtud de los contratos de concesión se delegara su ejecución en los particulares. (...) A su turno y sobre los criterios de instrumentalidad, idoneidad, proporcionalidad y variabilidad, que constituyen parámetros para el decreto y práctica de medidas cautelares, en providencia del 5 de agosto de 2004, expediente No. 2004-0118-01, la Alta Corporación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo sostuvo: “Desde la generalidad, **las medidas de cautelares** se definen por su finalidad aseguradora de una futura ejecución forzada, de manera que se derivan las siguientes consecuencias: a) el proceso cautelar no es independiente, ni respecto del proceso de declaración, ni del de ejecución; b) la medida cautelar nunca pueda adelantar íntegramente el contenido de la condena, y, simultáneamente, c) las medidas cautelares serán homogéneas pero nunca idénticas a la medida ejecutiva de que se trate. Pero además las medidas cautelares pueden ser de “**justicia o tutela cautelar**”, que son un género añadido al de la tutela declarativa y ejecutiva. (Teresa ARMENTA Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 512.) La doctrina en cita agrega que **la instrumentalidad, la idoneidad, la proporcionalidad y la variabilidad**, son aspectos que definen el **núcleo esencial de las medidas cautelares**, que las diferencian de otras instituciones: **La instrumentalidad** alude a que las medidas cautelares existen por estar pendiente un proceso y dejan de tener razón de ser cuando éste finaliza; **la idoneidad** versa sobre la adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable, es decir que la medida ha de corresponderse con el objeto del proceso incoado o que se incoará; **la proporcionalidad** corresponde al mínimo sacrificio de los derechos del demandado, y por lo mismo, si son varias las medidas que se pueden acordar, debe adoptarse la menos perjudicial, e incluso, si las circunstancias varían, deberá modificarse por una menos gravosa; y **la ‘variabilidad’** atañe con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento” (Destacado por la Sala). Esto es particularmente importante en el presente caso, si se tiene en cuenta que la sociedad concesionaria tiene **objeto social único**, consistente justamente en la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y que la responsabilidad, conforme al párrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 es **solidaria** para todos los coasociados de este tipo de sociedades que tienen como cometido la ejecución de obras públicas.(...) El 18 de julio de 2016 la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, presentó ante el Tribunal de Arbitramento reforma de la demanda dentro del expediente No. 4209, sobre pretensiones relacionadas con la existencia y vigencia del contrato sumadas a reconocimientos efectuados en los

NOTICIAS DESTACADAS

MEDIDAS CAUTELARES ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.

otro sí Nos. 2 y 4 de 2013, entre otras. Y, finalmente, el 18 de enero de 2017 la ANI presentó reforma a la demanda de reconvencción, con la pretensión de que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento, la **nulidad absoluta** del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, teniendo como causal la de objeto ilícito, además de que el mismo fue celebrado con abuso y desviación de poder, como consecuencia de presuntas conductas constitutivas de delito que se generaron en la adjudicación y celebración del contrato aludido. El Tribunal de Arbitramento, por su parte, mediante Auto No. 35 de 19 de enero de 2017 admitió la reforma a la demanda de reconvencción. Los anteriores elementos le permiten a la Sala concluir que, como se señaló más arriba, conviene a los efectos de la protección de los derechos colectivos e igualmente se ajusta a la ley y a los criterios jurisprudenciales, abstenerse de emitir pronunciamientos con respecto al Tribunal de Arbitramento dado que la cuestión de nulidad que le ha sido planteada se mueve en la misma dirección que anima a esta Corporación para la emisión de las presentes medidas cautelares. El Consejo de Estado en sentencia de 1 de agosto de 2016 expediente 2000-01778 (29204), con ponencia del Consejero Danilo Rojas Betancourt consideró: “68. Por su parte, el artículo 52 *ibídem*, que regula la responsabilidad de los contratistas, establece que éstos responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley y que los consorcios y uniones temporales lo harán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7° de la misma ley. 69. De acuerdo con lo anterior, se observa que si bien el régimen de responsabilidad de las sociedades está determinado en las normas civiles y comerciales correspondientes, lo cierto es que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, establece que a los contratos estatales regidos por este estatuto se les aplicarán dichas normas en lo que resulte pertinente, *“salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”*. 70. En consecuencia, aunque de acuerdo con la regulación legal del régimen de sociedades, contenido en el código de comercio, la responsabilidad de las sociedades anónimas no se extiende a sus socios sino hasta el monto de sus respectivos aportes(...), cuando se trate de las sociedades conformadas para la adjudicación, celebración y ejecución de contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993 –que, entre otras cosas, de acuerdo con lo establecido por el artículo 41 son *intuitu personae*-, la responsabilidad de sus socios será la misma que se puede exigir a los miembros de un consorcio, en los términos dispuestos por el artículo 7° del referido estatuto, **es decir, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato(...)**.” (Destacado por la Sala). Lo anterior permite concluir a la Sala que a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. se le debe dar el tratamiento de consorcio y, en consecuencia, la responsabilidad de sus accionistas será la señalada en el estatuto de contratación, esto es, la **solidaria por todas las actuaciones, hechos y omisiones de sus integrantes que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectando a todos los miembros que la conforman**. Luego de las precisiones anteriores, la Sala estima necesario que dentro del presente medio de control se dicten medidas cautelares de urgencia a fin de hacer cesar la amenaza de los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa, la Defensa al Patrimonio Público y de Acceso a los Servicios Públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. (Destacado por la Sala)... Así mismo, es importante resaltar que la suspensión provisional del contrato es proporcional a los elementos de prueba con los que cuenta este Tribunal sobre la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, que si bien no puede ser declarada en esta instancia judicial, no obsta para que esta Sala de decisión adopte las medidas tendientes a hacer cesar la amenaza y la vulneración contra los derechos colectivos objeto de esta medida. En este contexto, la medida de suspensión del contrato cumple con los criterios de idoneidad y variabilidad si se tiene en cuenta que, en primer orden, la suspensión del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 garantiza la cesación de la vulneración y amenaza frente a los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa y al Patrimonio Público y porque, en caso de considerarlo pertinente, este Tribunal puede variar la medida de suspensión provisional del contrato. En todo caso, constituyen motivos de preocupación para el Tribunal las consecuencias de todo orden derivadas de la suspensión provisional del contrato respecto del derecho colectivo de Acceso a los Servicios Públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, no sólo por el énfasis puesto por el señor Procurador General de la Nación en su petición de medidas cautelares sino también porque considera que es su deber asegurar el amparo simultáneo de los derechos colectivos que se encuentran comprometidos en una situación como la presente. En virtud de ello, este Tribunal ordenará al señor Presidente de la República para que en su condición de Suprema Autoridad Administrativa y Representante Legal de la Nación sea él quien designe la autoridad que habrá de administrar el Proyecto Ruta del Sol Sector II, a fin de evitar la paralización de las obras que se están ejecutando,... Si bien el embargo no es una de las medidas a las que se alude en forma expresa en el artículo 25 de la ley 472 de 1998, dicha norma faculta al juez para “decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere causado.” En este orden de ideas, si bien no hay una mención expresa al embargo de bienes como medida previa, dado que como fue explicado líneas más arriba se hace necesario proteger el patrimonio público previendo eventuales demandas contra el Estado por parte de los proponentes no favorecidos, los sobrecostos en los que posiblemente va a incurrir el Gobierno Nacional al recibir la obra con motivo de la suspensión provisional del contrato, los costos derivados de la eventual apertura de una nueva licitación y los perjuicios derivados del daño reputacional ocasionado a la institucionalidad encargada de la adjudicación de las obras públicas; estima la Sala necesario que se proceda al decreto de la medida cautelar en mención. A su turno, el artículo 593 del Código General del Proceso establece el procedimiento para

NOTICIAS DESTACADAS

MEDIDAS CAUTELARES ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.

efectuar los embargos, así: “**ARTÍCULO 593. EMBARGOS.** Para efectuar embargos se procederá así(...) Así mismo, la Sala considera que la medida cumple con los criterios de idoneidad y variabilidad, si se tiene en cuenta que es un mecanismo idóneo para proteger el derecho colectivo al Patrimonio Público, mediante la constitución de una garantía de pago de las obligaciones futuras; y en caso de considerarlo pertinente, este Tribunal puede modificar las medidas de embargo si se constituyen cauciones o pólizas que garanticen el pago de las obligaciones futuras. Igualmente, y en caso de considerarlo pertinente, la Sala podrá variar la medida de embargo.(...) En conclusión, la Sala considera que para efectos de evaluar la responsabilidad de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. de cara a los perjuicios que le correspondería pagar se le debe dar el tratamiento de consorcio y, en consecuencia, la responsabilidad de sus accionistas será la señalada en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993; esto es, la de responsabilidad solidaria por todas las **actuaciones, hechos y omisiones** de sus integrantes que se presenten **en desarrollo de la propuesta y del contrato**, lo cual deriva en el efecto de que las medidas que se dictan en esta providencia se adoptarán contra todos los socios de la Concesionaria en forma solidaria. Conforme a lo expuesto, la Sala ordenará el embargo de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y de las sociedades que la integran: Constructora Norberto Odebrecht S.A.; Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.; Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., Episol S.A.S.; y CSS Constructores S.A. (...) Finalmente, para efectos de determinar el monto a embargar en relación con la prevención del daño y amenaza al Patrimonio Público por el riesgo que representa para el Estado la exposición a eventuales demandas de los oferentes no favorecidos por causa de la adjudicación irregular del contrato, los sobrecostos en que incurrirá el Gobierno Nacional al retomar la obra pública, los costos que implicaría una nueva licitación pública y los perjuicios reputacionales ocasionados al sector de adjudicación de obras de infraestructura, la Sala adoptará la tesis según la cual el margen de utilidad esperada por los oferentes de una Licitación Pública corresponde al cinco (5%) sobre el valor de la propuesta. La Sala deja constancia que si en el transcurso del proceso se advierte la necesidad y pertinencia de decretar medidas cautelares adicionales a las que adopta la Sala en esta providencia o modificar o levantar las presentes, se adoptarán dichas determinaciones en los términos del artículo 25 de la Ley 472 de 1998, según el cual “**en cualquier estado del proceso** podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, **debidamente motivadas**, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado” (Destaca la Sala); y del artículo 235 de la Ley 1437 de 2011 según el cual el demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar....”

AUTO DEL 9 DE FEBRERO DE 2017, Exp. 250002341000201700083-00, SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN “A”, MP. Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO - Primera Instancia.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CUNDINAMARCA

PRESIDENTE: Dr. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

SECCIÓN PRIMERA

PRESIDENTA: DRA. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:

DRA. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

DR. LUIS MANUEL LASSO LOZANO

DR. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:

DR. OSCAR ARMANDO DIMATÉ CARDENAS

DR. FREDY HERNANDO IBARRA MARTÍNEZ

DR. MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZON

SECCION SEGUNDA

PRESIDENTE: DR. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:

DRA. CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO

DR. JOSE MARIA ARMENTA FUENTES

Dr. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:

DR. ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS

DR. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN

DR. JOSE RODRIGO ROMERO ROMERO

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN C:

DRA. AMPARO OVIEDO PINTO

DR. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL

DR. SAMUEL JOSE RAMIREZ POVEDA.

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN D:

DR. LUIS ALBERTO ALVAREZ PARRA

DR. CERVELEON PADILLA LINARES

DR. ISRAEL SOLER PEDROZA

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN E:

DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO

DR. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON

DR. JAIME ALBERTO GALEANO GARZON

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN E:

DRA. BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS

DRA. ETNA PATRICIA SALAMANCA GALLO

DR. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

SECCION TERCERA:

PRESIDENTE: DR. JOSE ELVER MUÑOZ BARRERA

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:

DRA. BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA

DR. JUAN CARLOS GARZON MARTINEZ

DR. ALFONSO SARMIENTO CASTRO

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:

DR. HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLON

DR. LEONARDO AUGUSTO TORRES CALDERON

DR. CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN C:

DRA. MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

DR. FERNANDO IREGUI CAMELO

DR. JOSE ELVER MUÑOZ BARRERA

SECCIÓN CUARTA

PRESIDENTA: DRA. CARMEN AMPARO PONCE DELGADO

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:

DRA. GLORIA ISABEL CACERES MARTINEZ

DRA. AMPARO NAVARRO LÓPEZ

MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:

DRA. CARMEN AMPARO PONCE DELGADO

DRA. NELLY YOLANDA VILLAMIZAR DE PEÑARANDA

DR. JOSE ANTONIO MOLINA TORRES.



DIRECCIÓN, EDICIÓN Y PUBLICACION

Dr. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA .
Presidente T.A.C.

SALA DE GOBIERNO

- ⇒ **Dr. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**
Presidente
- ⇒ **Dr. ISRAEL SOLER PEDROZA**
Vicepresidente
- ⇒ **Dra. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO**
Presidenta Sección Primera
- ⇒ **Dr. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN**
Presidente Sección Segunda
- ⇒ **Dr. JOSE ELVER MUÑOZ BARRERA**
Presidente Sección Tercera
- ⇒ **Dra. CARMEN AMPARO PONCE DELGADO**
Presidenta Sección Cuarta

-Reseña de Fallos

Dra. CLARA INES SANCHEZ GUEVARA
Relatora Sección Segunda y Tercera
Dra. GUERTI MARTINEZ OLAYA
Relatora Sección Segunda
Dra. SILVIA LILIANA CAMACHO SAENZ
Relatora Sección Primera y Cuarta

-Auxiliares de Relatoría

María Amparo Kerguelen Botero
Pedro Nelson Montenegro Santana

NOTAS:

- ⇒ Si desea obtener copia de las providencias a las que hace referencia este boletín, ingrese a <http://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/trib/index.xhtml>
- ⇒ En caso de requerir mayor información, comuníquese al teléfono 4233390 extensiones 8205 al 8210
- ⇒ La Relatoría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como órgano de consulta de jurisprudencia de la Corporación, brinda información y suministra las providencias una vez estas han sido ejecutoriadas. La sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de descriptores, restrictores y la tesis, no exoneran al usuario de verificar la información con los textos de las providencias.

NOTA: Las imágenes que reposan en esta presentación, fueron tomadas de: <https://www.google.com.co/search?q=IMAGENES+DE+LA+JUSTICIA&espv=2&tbn=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ved=0ahUKEwiVm7T6razTAhWEZCYKHTR1B>

«cogito ergo sum», pienso, luego existo, siendo más precisa la traducción literal del latín «pienso, por lo tanto soy». René Descartes.

