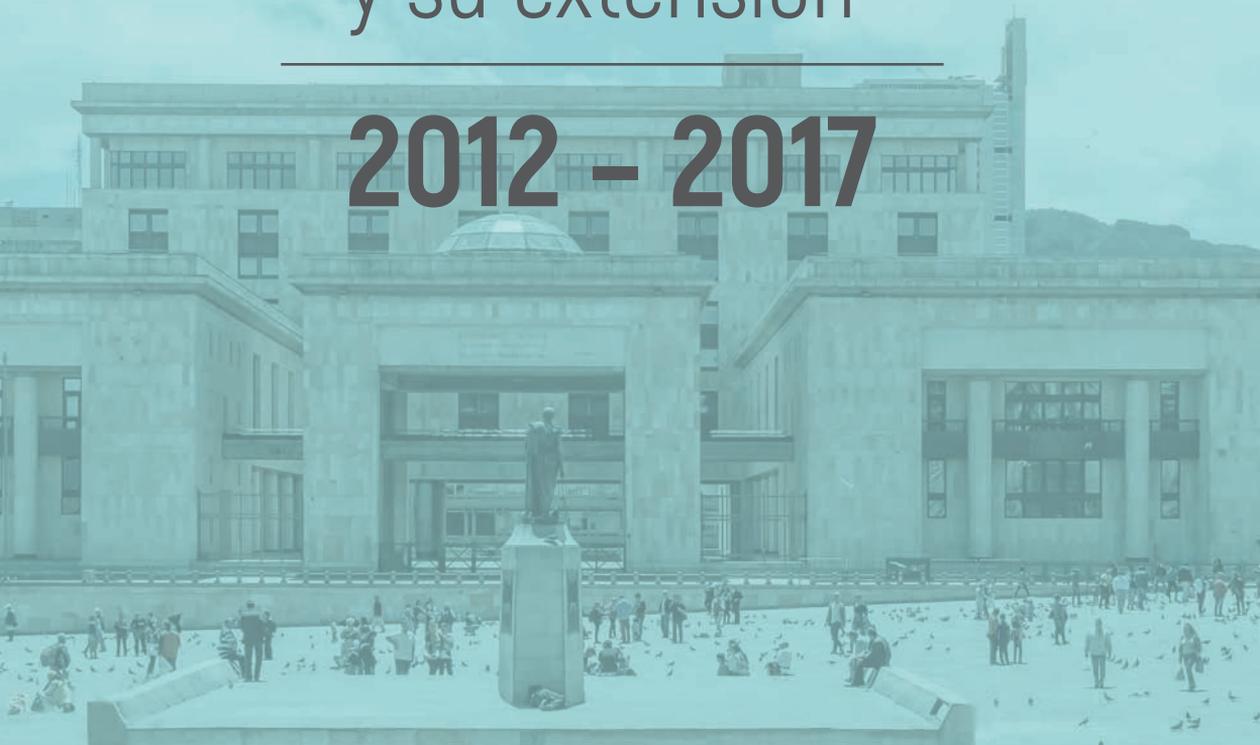




Consejo de Estado
Sala de Consulta y Servicio Civil

Jurisprudencia sobre sentencias de unificación y su extensión

2012 - 2017



Sentencias de Unificación Jurisprudencial



2012-2017



Jurisprudencia sobre sentencias de unificación y su extensión 2012-2017

Publicación realizada por la Sala de Consulta
y Servicio Civil del Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Germán Bula Escobar
Presidente del Consejo de Estado

Óscar Darío Amaya Navas
Presidente

Édgar González López
Segunda Edición, 2018
Consejero de Estado

Álvaro Namén Vargas
Consejero de Estado

Equipo de trabajo

Dirección de investigación

Édgar González López
Claudia Padilla Cardozo

Equipo de Investigación

Magistrados Auxiliares

Jorge Murgueitio Cabrera
Camilo Rodríguez Yong

Profesionales Especializados

Laura Hernández Valderrama
Silvia Navia Revollo

Oficial Mayor de Sala

María Fernanda Murillo Delgadillo

Auxiliar Judicial

Luisa Pascuaza

Auxiliar Judicial ad honorem

Daniela Medina Castro

Practicantes

María Camila Lozano
Angie Carolina Vargas Garcés

Agradecimientos Especiales

Secretaría General del Consejo de Estado

Secretaría Sección Primera

Secretaría Sección Segunda

Secretaría Sección Tercera

Secretaría Sección Cuarta

Secretaría Sección Quinta

Relatoría Sala de Consulta y Servicio Civil

ISBN 978-958-8857-99-2

Segunda Edición, 2018

CONTENIDO

Prólogo	4
Óscar Darío Amaya Navas Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil Consejo de Estado Germán Alberto Bula Escobar Presidente del Consejo de Estado Óscar Darío Amaya Navas Presidente de la Sala de Consulta Édgar González López Consejero de la Sala de Consulta y Servicio Civil Álvaro Namén Vargas Consejero de la Sala de Consulta y Servicio Civil	
Presentación	14
Édgar González López Consejero de la Sala de Consulta y Servicio Civil	
Capítulo 1	
Índice sobre sentencias y decisiones de unificación jurisprudencial	25
Capítulo 2	
Sentencias de unificación.....	35
1. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	36
1.1 Importancia Jurídica	36
1.2 Recurso Extraordinario de Revisión	131
1.3 Mecanismo Eventual de Revisión.....	151
2. SECCIÓN PRIMERA.....	170
3. SECCIÓN SEGUNDA.....	186
4. SECCIÓN TERCERA.....	295
5. SECCIÓN CUARTA	508
6. SECCIÓN QUINTA.....	524
7. SOLICITUD DE EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA	569
8. RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.....	598
Capítulo 3	
Presentación de resultados: Análisis estadístico	623
1. Fuentes consultadas.....	624
2. Resultados generales de la investigación.....	624
3. Clasificación de los resultados generales	625
4. Fichas de la investigación.....	625

■ PRÓLOGO ■

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha tenido siempre una vocación de estudio y de investigación de temas relacionados con el derecho constitucional y el derecho administrativo, en desarrollo de su función principal de absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo.

En la actualidad, esta vocación de nuestra Sala se ha incrementado teniendo en cuenta que el artículo 112 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)"*, le asignó un conjunto de funciones que acentúan la labor de estudiar, analizar, investigar y considerar en su entorno económico, social, cultural y ambiental, los diversos temas jurídicos que interesan al Poder Público y, en especial, a la Administración Pública. Inclusive el numeral 5° de dicha norma le confirió la atribución, con plena autonomía, de *"Realizar los estudios que sobre temas de interés para la Administración Pública la Sala estime necesarios para proponer reformas normativas"*,

Precisamente, en desarrollo de su labor de estudio e investigación jurídica, la Sala, con el auspicio del Ministerio de Justicia y del Derecho, publicó en 2014 el libro titulado *Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia*, en el cual se hacía un estudio sobre estas figuras jurídicas del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y se presentaba una extensa relación, elaborada por un equipo de investigación, de fichas analíticas de sentencias del Consejo de Estado que podían ser catalogadas como sentencias de unificación jurisprudencial, proferidas entre la promulgación de la Constitución de 1991 y la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, y las que podían ser objeto de extensión jurisprudencial, conforme a la nueva normatividad.

En esta oportunidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dentro de la conmemoración del Bicentenario de la corporación, presenta con la valiosa y oportuna colaboración del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo Superior de la Judicatura esta publicación referente a los desarrollos que ha tenido la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre sentencias de unificación y su extensión entre 2012 y 2017.

Dado que las fichas analíticas de jurisprudencia se refieren a las distintas modalidades procedimentales que puedan dar lugar a la unificación jurisprudencial en materia contenciosa administrativa y el mecanismo de su extensión, conviene mencionar, de manera breve, la normatividad pertinente.

1. El deber de la Administración Pública de aplicar el principio de igualdad a los ciudadanos

Las instituciones de la unificación jurisprudencial en materia contenciosa administrativa y el mecanismo de su extensión a las mismas situaciones fácticas y jurídicas encuentran su fundamento constitucional en el artículo 13 de la Carta.

Nuestra Constitución contempla el derecho fundamental a la igualdad, entendido en el sentido de que *"todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación"*. Tal derecho tiene su desarrollo en la relación con las autoridades, en el principio de igualdad enunciado en el artículo 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 3º. Principios. *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

[...]

2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

[...]” (Se subraya).

El artículo 10 del mismo Código establece el deber para las autoridades de aplicar de manera uniforme la normatividad a las situaciones que tengan los mismos elementos fácticos y jurídicos y de seguir en sus decisiones las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, de acuerdo con el pronunciamiento de esta. Dice así:

“Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. *Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”.*

1 El artículo 10 del Código fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011, con el siguiente condicionamiento: “en el entendido de que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”.

2. Las sentencias de unificación jurisprudencial

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció en el artículo 270 varias causales y recursos procesales que pueden generar sentencias de unificación jurisprudencial. Esta norma dispone lo siguiente:

“Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

Como se advierte, la disposición señala como causales de sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado las que esta corporación profiera o haya proferido:

- i) Por importancia jurídica o trascendencia económica o social.
- ii) Por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.
- iii) Al decidir los recursos extraordinarios que en el CPACA son el de revisión (artículos 248 a 255) y el de unificación de jurisprudencia (artículos 256 a 268).
- iv) Al resolver el mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, el cual se refiere a las acciones populares y de grupo y se encuentra regulado en los artículos 272 a 274 del CPACA.

La tramitación de los asuntos de importancia jurídica o trascendencia económica o social o la necesidad de sentar jurisprudencia que indiquen que se requiere una sentencia de unificación jurisprudencial, se pueden plantear a la consideración del Consejo de Estado, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o

2 La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012, declaró exequible el artículo 270 del CPACA por los cargos analizados en la sentencia, consistentes básicamente en la presunta vulneración de los artículos 230, 241 y 243 de la Constitución.

subsecciones o de los tribunales o a petición del Ministerio Público, de conformidad con el procedimiento establecido por el artículo 271 del CPACA en los siguientes términos:

“Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. *Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.*

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos”.

Como se observa, la competencia para dictar sentencias de unificación jurisprudencial está radicada en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con los asuntos provenientes de las secciones, y en las secciones respecto de los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales.

Lógicamente la sentencia de unificación jurisprudencial se puede producir o no, de acuerdo con las particularidades fácticas, jurídicas y probatorias de cada caso planteado.

3. El mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades y, ante la negativa o el silencio de estas, el procedimiento en el Consejo de Estado

Una de las grandes innovaciones del CPACA consistió en el mecanismo de extensión por parte de las autoridades de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, en las cuales se hubiera reconocido un derecho, a otros casos con la misma situación fáctica y jurídica.

Dicho mecanismo se encuentra contemplado en el artículo 102 del Código de la siguiente manera:

"Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

- 1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.*
- 2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.*
- 3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.*

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos

que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.

2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.

3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo³.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o,

3 La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-816 del 1º de noviembre de 2011, declaró exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, debiéndose entender que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales

en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código⁴” (Los apartes subrayados son exequibles conforme se indica en las notas al pie).

Ahora bien, si la autoridad administrativa niega o guarda silencio sobre la extensión de la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, en el caso concreto planteado por el tercero, el artículo 269 del CPACA le confiere a este el derecho de acudir al Consejo de Estado, con la finalidad de que esta Corporación decida si es viable o no jurídicamente la extensión de la jurisprudencia solicitada. Esta norma dispone lo siguiente:

“Artículo 269. Procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros. Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

Inciso modificado por el artículo 616 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso. El nuevo texto es el siguiente: Del escrito se dará traslado a la administración demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado por el término común de treinta (30) días para que aporten las pruebas que consideren. La administración y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrán oponerse por las mismas razones a las que se refiere el artículo 102 de este Código.

Vencido el término de traslado referido anteriormente, se convocará a una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la

base de sus decisiones, observarán con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

- 4 La Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012, decidió, respecto del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, demandado conjuntamente con los artículos 269 y 270, lo siguiente:
- a) Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-816 de 2011, en relación con las expresiones “Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades”, “sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado” y “sentencia de unificación” del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.
 - b) Declarar la constitucionalidad de la expresión “Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269”, contenida en el numeral 3º del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.

notificación a las partes; en dicha audiencia se escuchará a las partes en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar.

Si la solicitud se estima procedente, el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Esta decisión tendrá los mismos efectos del fallo aplicado.

Sin embargo, si la extensión del fallo implica el reconocimiento de un derecho patrimonial al peticionario que deba ser liquidado, la liquidación se hará mediante el trámite incidental previsto para la condena in genere y el escrito que lo promueva deberá ser presentado por el peticionario, ante la autoridad judicial que habría sido competente para conocer la acción que dio lugar a la extensión de la jurisprudencia, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión del Consejo de Estado.

Si el mecanismo para la reclamación del derecho sustancial fuera el de nulidad y restablecimiento del derecho, negada la solicitud se enviará el expediente a la autoridad administrativa para que resuelva el asunto de fondo, según las reglas generales, si no lo hubiere decidido con anterioridad. Si ya existiere decisión administrativa de fondo, o si el mecanismo judicial para la reclamación fuere diferente al de la pretensión de nulidad restablecimiento (sic) del derecho, con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado se reanuda el término para demandar, conforme a las reglas establecidas para la presentación de la demanda⁵.

4. Las fichas analíticas

Con base en las distintas causales que pueden generar la expedición de sentencias de unificación jurisprudencial, el equipo de investigación, con el apoyo de las Secretarías y las Relatorías del Consejo de Estado, procedió a buscar las sentencias que podían ser de unificación jurisprudencial, con el fin de elaborar las fichas analíticas con los datos y los extractos pertinentes de las sentencias, de manera similar a las del libro anterior.

El presente libro contiene las fichas analíticas de las sentencias seleccionadas y un análisis gráfico de los resultados obtenidos.

5 La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012, decidió declarar la constitucionalidad de las expresiones “Procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros” y “La administración podrá oponerse por las mismas razones a que se refiere el artículo 102 de este código”, contenidas en el artículo 269 de la Ley 1437 de 2011.

Como se podrá observar, en muchos de los casos analizados no se produce la unificación de jurisprudencia por diversas razones como, por ejemplo, que no se reúnen los requisitos legales o falta algún presupuesto para la prosperidad de los recursos extraordinarios, o se presenta ausencia de algunos elementos probatorios, etc. Mientras que en otros, como los correspondientes a las Salas Plenas de las Secciones Segunda y Tercera, se aprecia la voluntad de estas de unificar la jurisprudencia en varios de los asuntos de su competencia con miras a establecer criterios uniformes y agilizar la resolución de los procesos.

Como decía Georges Ripert “Las leyes se fortalecen con el tiempo”. Es de esperar que las figuras jurídicas de las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia por parte de las autoridades, del aún nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se fortalezcan con el tiempo y adquieran una aplicabilidad cada vez mayor, para una pronta y eficaz protección de los derechos de los ciudadanos.

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Consejero de Estado

■ PRESENTACIÓN ■

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado presenta este libro sobre las sentencias de la Corporación de unificación jurisprudencial y su extensión, en el período de 2012 a 2017, dentro de su función de investigación y divulgación de las figuras jurídicas novedosas que se han contemplado en el relativamente reciente Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

Lo hace también dentro de su propósito de dar continuidad al esfuerzo emprendido mediante el libro *“Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia”* publicado en el año 2014, en el cual dio a conocer un trabajo investigativo de las sentencias que cumplían con los criterios establecidos en el artículo 270 del mencionado Código, para ser catalogadas como sentencias de unificación jurisprudencial y que habían sido proferidas por el Consejo de Estado entre la promulgación de la Constitución Política de 1991 [4 de julio de 1991]¹ y la entrada en vigencia de dicho Código [2 de julio de 2012]², y además, de las sentencias que dentro de aquellas podían ser objeto de extensión jurisprudencial, básicamente por haber reconocido uno o varios derechos, conforme a los lineamientos fijados por los artículos 10 y 102 del mismo código.

La unificación de la jurisprudencia³ adquiere gran relevancia en la medida en que hace efectivo el derecho a la igualdad de las personas⁴ y garantiza la seguridad jurídica, de manera que debe ser considerada por las autoridades administrativas en sus actuaciones y por las judiciales en sus decisiones.

1 La Constitución Política fue promulgada en la *Gaceta Constitucional* 114 del 4 de julio de 1991.

2 Ley 1437 del 18 de enero de 2011. “Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. (...)”.

3 La Constitución de 1991 establece que la jurisprudencia constituye un criterio auxiliar de la actividad judicial (artículo 230).

4 Artículo 13 de la Constitución y artículos 3º, numeral 2, y 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

La Sala integró un equipo de trabajo de profesionales vinculados a la Sala de Consulta y Servicio Civil para actualizar el mencionado libro en relación con el análisis de las sentencias proferidas como consecuencia de: los Recursos Extraordinarios de Revisión, los Recursos Extraordinarios de Unificación de Jurisprudencia, las solicitudes de Extensión de Jurisprudencia, las propias Sentencias de Unificación y del Mecanismo Eventual de Revisión, expedidas por el Consejo de Estado en el período comprendido desde el 3 de julio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2017, es decir, el lapso de cinco (5) años contados después de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cabe anotar que de conformidad con los artículos 270 y 271 del citado código, en las sentencias de unificación jurisprudencial se tienen en cuenta las proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y por las Secciones de dicha Sala, por su importancia jurídica, trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia y las proferidas al decidir los recursos extraordinarios de revisión y de unificación de jurisprudencia, es decir, las que recaen sobre medios de control contenciosos administrativos. Así mismo, las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto para las acciones populares y de grupo. No se incluyen las acciones de tutela, pues respecto de estas últimas la unificación jurisprudencial compete a la Corte Constitucional⁵.

Es de destacar que con ocasión de la presente publicación, se han incluido las sentencias de unificación jurisprudencial expedidas por las Secciones Primera, Cuarta y Quinta del Consejo de Estado, con fundamento en el artículo 271 del Código.

Resulta oportuno observar que una parte de la investigación estuvo encaminada a evidenciar el volumen de sentencias de unificación jurisprudencial y de extensión de la jurisprudencia que se profirieron durante el mencionado período de cinco (5) años y también el número de solicitudes de extensión y de recursos de unificación que se presentaron en ese lapso.

La actual publicación contiene las fichas que corresponden a las sentencias que fueron calificadas de unificación jurisprudencial y las que siendo de unificación fueron objeto de

5 Constitución Política, artículo 86 y Decreto Ley 2591 de 1991, artículo 35. Es pertinente anotar que el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia establecido en la jurisdicción contenciosa administrativa, no procede para las acciones de tutela, entre otras, de acuerdo con lo dispuesto por el último inciso del artículo 257 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

extensión de la jurisprudencia a terceros, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 269 y 270 del Código.

Ahora bien, en relación con las fichas correspondientes a las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, se plantearon en el grupo de trabajo varias clasificaciones, para finalmente, adoptar las siguientes:

- 1) Sentencias de unificación
 - a) Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
 - b) Sección Primera.
 - c) Sala Plena de la Sección Segunda (la reunión de las dos subsecciones A y B de esta).
 - d) Sala Plena de la Sección Tercera (la reunión de las tres subsecciones A, B y C de esta).
 - e) Sección Cuarta.
 - f) Sección Quinta.
- 2) Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia.
- 3) Recurso Extraordinario de Revisión.
- 4) Mecanismo Eventual de Revisión (en las acciones populares y de grupo).
- 5) Solicitud de Extensión de Jurisprudencia.

Con base en la información suministrada por las Secretarías y las Relatorías del Consejo de Estado, a quienes agradecemos su valiosa colaboración, el equipo de trabajo tuvo como fuente un total de 370 sentencias, relacionadas con los Recursos Extraordinarios de Revisión, los Recursos Extraordinarios de Unificación de Jurisprudencia, las solicitudes de Extensión de Jurisprudencia, las propias Sentencias de Unificación y del Mecanismo Eventual de Revisión. De este total de sentencias, se elaboraron y se presentan a consideración del lector, 88 fichas que comprenden las decisiones contenidas en estos fallos, con el compendio de aquellas decididas en el mismo sentido, según se puede observar en los cuadros que se incluyen al inicio de esta obra, independiente de la discusión académica sobre los efectos jurídicos de la decisión.

Adicionalmente a esta selección jurisprudencial, el equipo de investigación consideró necesario incluir, por su importancia, el Auto radicado bajo el número 2013-00127-00 (expediente 48521) del 13 de febrero de 2014.

Se observó que en algunos casos no se trataba de una sentencia de unificación jurisprudencial porque la misma sentencia no lo consagraba en forma expresa o porque había sido proferida por alguna Subsección y el artículo 271 del Código exige que para tener tal calidad, la sentencia debe ser dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o alguna Sección de esta.

Debe mencionarse, igualmente, que en relación con el procedimiento de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros, de que trata el artículo 269 del Código, el equipo de investigación tomó solamente las sentencias que accedían a dicha extensión, pues se verificó que de 89 solicitudes de extensión registradas por la base de datos de la Relatoría del Consejo de Estado, únicamente prosperaron 8 y las otras 81 fueron negadas.

En cuanto a los recursos extraordinarios de revisión, se incorporaron en la investigación aquellos que prosperaron y además se elaboraron las fichas de las sentencias que rechazaban el recurso por razones técnicas, dado que estas han sido clasificadas como causales de rechazo del recurso por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y las distintas Secciones.

No obstante, es preciso advertir que, al igual que se señaló en la edición anterior, es posible que en el listado de las sentencias aquí publicadas se haya omitido alguna que pueda reunir las condiciones indicadas por los artículos 102, 269 y 270 del Código, en concordancia con el artículo 10 del mismo, a pesar del esfuerzo realizado por el equipo de investigación.

La metodología para la presentación de esta actualización es básicamente la misma de la anterior publicación, esto es, a través de fichas que contienen la información de las sentencias de unificación y de extensión, salvo algunos espacios que se han modificado para dar mayor claridad a las mismas.

El análisis de las sentencias que sirvieron de insumo para esta investigación, se presenta entonces, a consideración del lector, en una ficha jurisprudencial que contiene entre otros los siguientes aspectos:

- 1. IDENTIFICACIÓN.** Corresponde a la información general de la sentencia que permite al usuario ubicarla en el sistema de relatoría del Consejo de Estado. Esta información comprende:

Tipo: corresponde al medio de control ejercido.

Sala o Sección: alude a la Sala Plena o la Sección.

Radicado: indica el número único de radicación de 23 dígitos y en el caso de la Sección Tercera incorpora el número de radicación interno.

Fecha: se refiere a la fecha de expedición de la sentencia.

Ponente: el Despacho que tuvo bajo su conocimiento el caso.

Actor: quien presenta el medio de control.

Demandado: la entidad estatal a la cual se exige la pretensión.

2. **CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN.** La ficha identifica si la sentencia analizada puede enmarcarse dentro de una sentencia de unificación o si puede invocarse con fines de extensión de jurisprudencia, así:

Sentencias de unificación, artículo 270 del CPACA⁶. Teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo precitado, en la ficha se señala con una equis (x), la causal bajo la cual se considera que la sentencia corresponde a una sentencia de unificación.

Sentencias de unificación con fines de extensión, artículos 10 y 102 del CPACA⁷.

6 Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

7 Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas

Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.

2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.

3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

En esta casilla, se identifica si la sentencia analizada puede referirse como una sentencia de unificación, con la finalidad de que se haga extensiva su decisión a otros casos con los mismos presupuestos fácticos y jurídicos.

- 3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN:** cargos o fundamentos del recurso, fundamentos de la sentencia, fuentes y decisión. En esta sección de la ficha se hace una relación textual de los cargos que motivaron la presentación del recurso ante el Consejo de Estado y de las consideraciones de la Sala o Sección respectiva para resolver el asunto en cuestión. Así mismo, se enuncian las fuentes normativas, jurisprudenciales y

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.

2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.

3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

NOTA 1: Los incisos 1º y 7º fueron declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

NOTA 2: La expresión “sentencia de unificación” y el numeral 3º del inciso 5º fueron declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-588 de 2012.

doctrinales bajo las cuales se resuelve el caso y, por último, se transcribe la decisión de la Sala o Sección correspondiente.

4. **PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA.** Al igual que en la anterior sección, se enuncia de manera textual los principales antecedentes que dieron origen al recurso y la decisión del Tribunal de primera instancia.
5. **SEGUNDA INSTANCIA.** Si en el proceso hubiere segunda instancia, esta se describe de manera textual en lo correspondiente a antecedentes y decisión.
6. **OBSERVACIONES.** Se deja constancia de las aclaraciones o salvamentos de voto presentados por los Magistrados de la Sala o Sección correspondiente.
7. **FECHA DE REVISIÓN DE LA FICHA.** Con el fin de ofrecer una información actualizada, se evidencia la fecha en la cual el equipo de investigación realizó la revisión del contenido de la ficha antes de su envío para publicación.

Finalmente, es importante observar que las sentencias y las fichas que las incorporan se presentan como unificación de jurisprudencia en la medida en que textualmente así fueron calificadas por la respectiva Sección o Sala. Lo anterior, sin introducirse en la discusión sobre su vigencia posterior en el tiempo, vistas entre otras, algunas sentencias de la Corte Constitucional que han presentado posiciones diversas u opuestas a algunas de estas sentencias con valor de unificación proferidas por el Consejo de Estado, en especial, en materia laboral.

Como anexo de esta presentación se incluyen los formatos de fichas utilizadas con la metodología mencionada.

La Sala de Consulta y Servicio Civil agradece muy especialmente al Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo Superior de la Judicatura el apoyo brindado para el buen éxito de esta publicación.

De igual manera, a las Secretarías Generales, de las Secciones y de la Sala y a las Relatorías del Consejo de Estado, en especial, a la Relatora de la Sala María Angélica Pulido por la colaboración oportuna y eficaz en el suministro de la información.

Así mismo, al equipo de trabajo integrado por Claudia Padilla Cardozo, quien realmente dirigió esta investigación, por las Judicantes, Daniela Medina Castro, María Camila Lozano

y Angie Carolina Vargas Garcés, la Auxiliar Judicial de Relatoría, Luisa Fernanda Pascuaza, las Profesionales Especializadas, Silvia Navia y Laura Hernández, así como la Oficial Mayor de Sala, María Fernanda Murillo y a los Magistrados Auxiliares, Camilo Rodríguez y Jorge Murgueitio Cabrera, por la importante labor de investigación y su dedicación para lograr finalmente que este libro fuera una realidad en beneficio de la comunidad académica.

Por último, la revisión de los compañeros de Sala, los Consejeros Germán Bula Escobar, actual Presidente del Consejo de Estado, Óscar Amaya Navas, actual Presidente de la Sala, y Álvaro Namén Vargas, y por su colaboración y apoyo en todo momento para la realización de este proyecto.

El grupo de investigación espera que esta publicación pueda tener la utilidad académica para el conocimiento, la difusión y la discusión de las diferentes Sentencias de Unificación de Jurisprudencia, con la invocación para que esta importante fuente del derecho se enriquezca prontamente con más sentencias de unificación por parte de las Salas Plenas y Secciones de la Corporación.

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Consejero de Estado
Sala de Consulta y Servicio Civil
Director del Proyecto

Bogotá D. C., abril 20 de 2018.

ANEXO 1

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Como se puede observar en las fichas, en los espacios destinados a las sentencias de unificación y de primera o única instancia y las decisiones correspondientes, se ha dispuesto que las transcripciones de los apartes pertinentes sean textuales, en aras de la claridad y con la finalidad de evitar imprecisiones o alteraciones del sentido de las providencias.

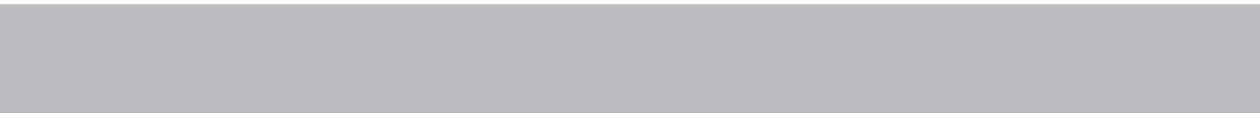
Sala Plena de lo Contencioso Administrativo			
Importancia Jurídica			
<div style="display: flex; justify-content: space-between; align-items: center;"> <div style="border: 1px solid black; border-radius: 50%; padding: 5px; text-align: center;"> Ficha No. 1 </div> <div style="text-align: right;">  </div> </div>			
1. IDENTIFICACIÓN			
TIPO: Nulidad Electoral	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-28-000-2010-00098-00(IJ)	FECHA: 10/07/12
PONENTE: Olga Mérida Valle de De La Hoz		ACTOR: Jaime Enrique Serrano Pérez	
DEMANDADO: Mónica del Carmen Anaya Anaya			
2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN			
SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:			
IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	
SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:			
SÍ	X	NO	
DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la igualdad electoral.			
NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.			
TEMA PRINCIPAL: Parentesco con funcionario que ejerce autoridad: inhabilidad de Representante a la Cámara.			
TEMAS COMPLEMENTARIOS: Inhabilidad por ejercicio de autoridad civil o política: para que se configure no es necesario que el funcionario haya ejercido materialmente su autoridad, basta con tenerla. Licencia no remunerada y designación de Alcalde Ad Hoc: situaciones administrativas que no separan al alcalde titular de sus funciones.			
3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN			
CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:			
"La inhabilidad se encuentra acreditada, en razón a que la señora, Mónica Anaya Anaya, al momento de su elección como Representante a la Cámara, por el Departamento del Magdalena, se encontraba casada con el señor Enoc Guzmán del Portillo, quien ejercía el cargo de Alcalde del Municipio de Tenerife -Magdalena. La causal de inhabilidad se configura en tanto que el territorio en donde ejerce autoridad el cónyuge de la demandada, corresponde a la circunscripción electoral del Magdalena, a la cual ella se presentó como candidata a la Cámara de Representantes."			

ANEXO 2

SOLICITUD DE EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA

Para la presentación del análisis de las solicitudes de extensión de jurisprudencia, el grupo de investigación consideró necesario diseñar una ficha distinta que incluyera, además de los campos ya señalados, los requisitos fundamentales que posibilitan al ciudadano el ejercicio de esta figura jurídica: i) la identificación de la sentencia como sentencia de unificación según los criterios de los artículos 10 y 102 del CPACA y ii) la enunciación de la sentencia de unificación que se solicita extender:

Solicitud de Extensión de Jurisprudencia			
			
Ficha No. 1			
1. IDENTIFICACIÓN			
TIPO: Nulidad Electoral	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-28-000-2010-00098-00(I)	FECHA: 10/07/12
PONENTE: Olga Mérida Valle de De La Hoz		ACTOR: Jaime Enrique Serrano Pérez	
DEMANDADO: Mónica del Carmen Anaya Anaya			
2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN			
SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:			
SÍ	X		
DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la igualdad electoral.			
NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.			
TEMA PRINCIPAL: Parentesco con funcionario que ejerce autoridad: inhabilidad de Representante a la Cámara.			
TEMAS COMPLEMENTARIOS: Inhabilidad por ejercicio de autoridad civil o política; para que se configure no es necesario que el funcionario haya ejercido materialmente su autoridad, basta con tenerla. Licencia no remunerada y designación de Alcalde Ad Hoc: situaciones administrativas que no separan al alcalde titular de sus funciones.			
3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN			
FUNDAMENTOS DEL RECURSO: "La inhabilidad se encuentra acreditada, en razón a que la señora, Mónica Anaya Anaya, al momento de su elección como Representante a la Cámara, por el Departamento del Magdalena, se encontraba casada con el señor Enoc Guzmán del Portillo, quien ejercía el cargo de Alcalde del Municipio de Tenerife -Magdalena. La causal de inhabilidad se configura en tanto que el territorio en donde ejerce autoridad el cónyuge de la demandada, corresponde a la circunscripción electoral del Magdalena, a la cual ella se presentó como candidata a la Cámara de Representantes."			
FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA: "La inhabilidad se encuentra acreditada, en razón a que la señora, Mónica Anaya Anaya, al momento de su elección como Representante a la Cámara, por el Departamento del Magdalena, se encontraba casada con el señor Enoc Guzmán del Portillo, quien ejercía el cargo de Alcalde del Municipio de Tenerife -Magdalena. La causal de inhabilidad se configura en tanto que el territorio en donde ejerce autoridad el cónyuge de la demandada, corresponde a la circunscripción electoral del Magdalena, a la cual ella se presentó como candidata a la Cámara de Representantes."			



CAPÍTULO 1

Índice sobre sentencias y decisiones
de unificación jurisprudencial



SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1.1. IMPORTANCIA JURÍDICA

TEMA PRINCIPAL	N° DE RADICACIÓN - SENTENCIA	N° DE FICHA
Parentesco con funcionario que ejerce autoridad: inhabilidad de Representante a la Cámara.	11001-03-28-000-2010-00098-00(IJ)	1
Conciliación extrajudicial administrativa.	25000-23-24-000-2011-00081-01(IJ)	2
Conciliación prejudicial en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.	11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ)	3
Responsabilidad disciplinaria: destitución e inhabilidad general. Falsa motivación como vicio de nulidad de un acto administrativo. Actos administrativos disciplinarios: control de legalidad.	11001-03-25-000-2005-00012-00(IJ)	4
Periodo institucional del Fiscal General de la Nación	11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ)	5
Licencias de construcción en franja de adecuación y en zona de recuperación ambiental	25000-23-25-000-2005-00662-03	6
Actos electorales proferidos por la Corte Suprema de Justicia. Función electoral como vía de acceso a las altas magistraturas en el Estado. Interpretación extensiva o analogía de las normas prohibitivas o desfavorables.	11001-03-28-000-2013-00006-00 (Acumulado 2013-0007) (IJ)	7
Acción de tutela contra providencias del Consejo de Estado: procedencia excepcional.	11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ)	8
Actos electorales. Control de legalidad. Inhabilidad, incompatibilidad e impedimento para elegir o acceder a cargos de la rama judicial.	11001-03-28-000-2013-00015-00(IJ)	9
Principio de sostenibilidad fiscal.	25000-23-26-000-1999-00002-05(IJ)	10

TEMA PRINCIPAL	N° DE RADICACIÓN - SENTENCIA	N° DE FICHA
Alcance del juicio de legalidad de los actos administrativos disciplinarios. Decisiones disciplinarias no se asimilan a las judiciales. Competencia disciplinaria de la Procuraduría para adelantar procesos disciplinarios contra servidores públicos de elección popular. Potestad sancionadora, competencia de la Procuraduría General en materia disciplinaria, valor probatorio de las pruebas obtenidas en el extranjero.	11001-03-25-000-2011-00316-00(SU)	11
Régimen de inhabilidades para Procurador General de la Nación. Acceso a cargos públicos.	11001-03-28-000-2013-00011-00(IJ)	12
Efectos de los fallos que declaran la nulidad del acto de elección o de cualquier otro frente a la confianza legítima.	11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00	13
Restricción de Derechos Políticos. Destitución e inhabilidad. Competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar funcionarios públicos de elección popular.	11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)	14
Competencia para investigar disciplinariamente a altos dignatarios del Estado.	11001-03-25-000-2005-00068-00(IJ)	15
1.2. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		
Acción popular: agotamiento de jurisdicción y cosa juzgada.	41001-33-31-004-2009-00030-01(AP) REV	1
Recurso extraordinario de revisión: generalidades.	11001-03-15-000-2010-00038-00	2
	11001-03-15-000-1999-00190-01	3
	11001032600019990019201	4
Cosa juzgada: Concepto. No se configura cuando se trata de procesos con objeto distinto. Recurso Extraordinario de Revisión: No se configura la causal de cosa juzgada cuando se trata de procesos diferentes.	11001-03-15-000-2012-00228-00	5

TEMA PRINCIPAL	Nº DE RADICACIÓN - SENTENCIA	Nº DE FICHA
Recurso extraordinario de revisión: generalidades.	11001-01-31-500-02008-01253-00	6
1.3 MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN		
Incentivo económico: Unificación de jurisprudencia. Improcedencia de su reconocimiento dentro de los procesos iniciados con anterioridad a la expedición de la Ley 1425.	17001333100120090156601 (MER)	1
Derecho al espacio público y su utilización por los discapacitados. Protección de las personas en condición de discapacidad. Derechos colectivos de las personas en condición de discapacidad. Protección constitucional: evolución. Concreción normativa de los derechos de los discapacitados. Personas en condiciones de discapacidad: Adecuaciones físicas de edificaciones y transporte público.	08001333100320070007301 (MER)	2
Moralidad administrativa: Concepto. Elementos configurativos.	11001-33-31-035-2007-00033-01 (MER)	3
2. SECCIÓN PRIMERA		
Acción de tutela contra providencias judiciales: requisito de inmediatez cuando el solicitante es pensionado o persona que goza de Asignación de Retiro.	11001-03-15-000-2015-00001-01(AC)	1
Actos que declaran los motivos de utilidad pública o de interés social y deciden la expropiación administrativa.	25000-23-24-000-2006-01002-01	2
Principio de favorabilidad: es aplicable en las actuaciones administrativas dirigidas a sancionar las infracciones al régimen cambiario.	05001-23-33-000-2013-00701-01	3
SALA PLENA DE LA SECCIÓN SEGUNDA		
Pensión de sobrevivientes.	76001-23-31-000-2007- 01611-01 (1605-09)	1
Régimen especial de los congresistas. Régimen de transición de los congresistas.	25000-23-25-000-2004-06297-01 (1451-08)	2

TEMA PRINCIPAL	N° DE RADICACIÓN - SENTENCIA	N° DE FICHA
Pensión de jubilación de trabajadores del extinto DAS.	44001-23-31-000-2008-00150- 01	3
Régimen de congresistas: aplicación a los magistrados de Altas Cortes.	25000-23-25-000-2007-00242-01(0927-2011)	4
Régimen pensional de los funcionarios de la Rama Judicial y de los magistrados de Altas Corporaciones de justicia.	25000-23-42-000-2013-00632-01(1434-14)	5
Régimen laboral del Cuerpo de Bomberos.	25000-23-25-000-2010-00725-01(1046-2013)	6
Régimen pensional de los funcionarios de la Rama Judicial y de los magistrados de Altas Corporaciones de justicia.	25000-23-42-000-2012-00269-01(3856-2013)	7
	25000-23-42-000-2012-00752-01(2245-13)	8
Régimen pensional de los trabajadores oficiales: régimen de transición. Factores de liquidación pensional e ingreso base de liquidación.	25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-2013)	9
Prima de servicios: docentes oficiales.	15001-33-33-010-2013-00134-01(3828-14)CE-SUJ2-001-16	10
Bonificación por compensación del Decreto 610 de 1998: exigibilidad. Prescripción trienal. Prima especial de servicios de la Ley 4 de 1992.	25000-23-25-000-2010-00246-02(0845-15)	11
Inscripción automática en el Sistema de Carrera Administrativa de la DIAN fijada por el Decreto 2117 de 1992.	05001-23-33-000-2012-00791-01(4499-13)CE-SUJ2-002-16	12
Reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados profesionales que previamente se desempeñaban como voluntarios.	85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2-003-16	13
Cesantías. Sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anualizadas	08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14)	14
Contrato realidad.	23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16	15

TEMA PRINCIPAL	N° DE RADICACIÓN - SENTENCIA	N° DE FICHA
Régimen pensional de la Contraloría General de la República: manera como debe computarse el quinquenio, como factor salarial, en la base de liquidación pensional de los beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976.	25000-23-42-000-2013-04676-01(2686-14)	16
SALA PLENA DE LA SECCIÓN TERCERA		
Daños autoinfligidos por servidores públicos con armas de dotación oficial.	05001-23-26-000-1994-02321-01 (20.104)	1
Responsabilidad del Estado con ocasión de los atentados terroristas dirigidos directamente contra sus instituciones.	18001-23-31-000-1999-00454-01 (24392)	2
Reparación de daños colectivos: presupuestos para su reconocimiento.	25000-23-26-000-1999-0002-04(AG)	3
Responsabilidad del Estado por perjuicios sufridos con ocasión de las lesiones físicas. Daño especial: elementos para su configuración.	07001-23-31-000-2000-00471-01 (24.531)	4
Enriquecimiento sin justa causa/actio in rem verso.	73001-23-31-000-2000-03075-01 (24.897)	5
Conciliación prejudicial en el proceso arbitral.	11001-03-26-000-2009-00057-00 (37.003)	6
Inexistencia de responsabilidad por actos terroristas cuando el riesgo ha sido propiciado por un particular.	05001-23-31-000-1997-01432-01 (26.011)	7
Reconocimiento y tasación de perjuicios morales por privación injusta de la libertad: unificación jurisprudencial.	05001-23-31-000-1996-00659-01(25022)	8
Responsabilidad del Estado por ejecuciones extrajudiciales. Indemnización de perjuicios inmateriales: Actualización	41001-23-31-000-1994-07654-01	9
Perjuicios morales: topes indemnizatorios.	05001-23-31-000-2001-00799-01 (2001-950 y 2001-3159 acumulados) (36.460)	10
Privación injusta de la libertad: generalidades, reconocimiento y tasación de perjuicios morales.	52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)	11

TEMA PRINCIPAL	N° DE RADICACIÓN - SENTENCIA	N° DE FICHA
Competencia del Consejo de Estado para conocer en única instancia de asuntos mineros en los que obre como demandada la Nación o una entidad estatal del mismo orden.	11001-03-26-000-2013-00127-00(48521)	12
Daño especial.	73001-23-31-000-2001-01548-01(25718)	13
Responsabilidad del Estado por actos terroristas. Valoración y tasación de perjuicios materiales: daño emergente y lucro cesante por hechos ocurridos con ocasión a un acto terrorista	73001-23-31-000-2000-01099-02(24401)	14
Derecho real de dominio: medios probatorios ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.	76001-23-31-000-1996-05208-01(23128)	15
Perjuicios morales ocasionados por graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario.	05001-23-25-000-1999-01063-01(32988)	16
Perjuicios morales: unificación en materia de reparación del daño moral en caso de muerte.	73001-23-31-0002001-00418-01(27709)	17
Daño a la salud: indemnización por lesiones temporales.	25000-23-26-000-2000-00340-01(28832)	18
Tasación de los perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad: criterios para reconocer indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante a la persona que fue privada injustamente de su libertad.	68001-23-31-000-2002-02548-01(36.149)	19
Perjuicios morales por lesiones personales.	50001-23-15-000-1999-00326-01(31172)	20
Daño a la salud: liquidación.	05001-23-31-000-1997-01172-01	21
Reparación del daño a la salud de carácter temporal, liquidación del daño a la salud y medidas de reparación integral frente al trato de la mujer en asunto médico asistencial	23001-23-31-000-2001-00278-01(28804)	22
Daño inmaterial por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados: medidas de satisfacción no pecuniarias.	66001-23-31-000-2001-00731-01(26251)	23

TEMA PRINCIPAL	N° DE RADICACIÓN - SENTENCIA	N° DE FICHA
Acuerdos conciliatorios: inexistencia de porcentajes vinculantes y posibilidad del juez para aprobarlos parcialmente. Patria potestad en el trámite de la conciliación: ejercicio.	07001-23-31-000-2008-00090-01(37747)	24
Indemnización de perjuicios por muerte abordo de un vehículo oficial. Acrecimiento del lucro cesante. Unificación jurisprudencial	15001-23-31-000-2000-03838-01(19146)	25
Falla en el servicio imputable a la Policía Nacional por omisión del deber de vigilancia y seguridad. Elementos del régimen objetivo de responsabilidad. Responsabilidad del Estado por actos terroristas.	05001-23-31-000-1997-01439-01 (29274-29758)	26
Daños indemnizables por muerte o lesiones psicofísicas superiores al 50%, sufridas por personas que desarrollaban las labores de economía y cuidado del hogar.	50001-23-31-000-2000-30072 01(33945)B	27
SECCIÓN CUARTA		
Indexación o intereses civiles del 6% del C.C. Normas que regulan el reconocimiento de intereses. Naturaleza de la sentencia que declara la existencia del régimen de estabilidad tributaria. Condiciones en que debe entenderse restablecido el régimen de estabilidad tributaria. Obligaciones pecuniarias recíprocas que surgen de ese régimen.	25000-23-27-000-2009-00235-01(18551)	1
SECCIÓN QUINTA		
Licencias de tránsito: gratuidad de la sustitución.	08001-23-33-000-2013-00310-01(ACU)	1
Autoridad civil y política: tiempo dentro del cual debe ejercerse.	11001-03-28-000-2014-00061-00	2
Uso de nombres y/o imágenes de personas naturales en la denominación de organizaciones políticas.	11001-03-28-000-2014-00066-00	3

TEMA PRINCIPAL	N° DE RADICACIÓN - SENTENCIA	N° DE FICHA
Consecuencias de la declaratoria de nulidad del acto de elección por irregularidades en su expedición.	11001-03-28-000-2015-00029-00	4
Incompatibilidad para alcaldes y gobernadores: definición del extremo temporal inicial. Sentencia de nulidad electoral subjetiva: efectos anulatorios rigen hacia el futuro. Principios pro hómine y pro electoratem en materia electoral.	11001-03-28-000-2015-00051-00	5
Auto que decreta medidas cautelares en materia de lo contencioso electoral: ejecutoria y obligatoriedad.	11001-03-28-000-2016-00044-00	6
Deber de jueces y tribunales de resolver todas las causales de invalidez que la parte actora incluya en las demandas de nulidad electoral.	25000-23-4100-000-2015-02491-01	7
RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		
Requisitos para la solicitud de unificación jurisprudencial.	2014-00284-00	1
	11001-03-27-000-2014-00177-00(21509)	2
	11001-03-28-000-2016-00052-00	3
	11001-03-28-000-2016-00060-00	4
SOLICITUD DE EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA		
Prima de riesgo: inclusión como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.	11001-03-27-000-2014-00403-00(1287-14)	1
Pensión de jubilación: reliquidación. Inclusión de factores de liquidación.	11001-03-25-000-2013-00406-00(0865-2013)	2
Factores salariales que comprenden el IBL. Régimen de transición.	11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13)	3
	11001-03-25-000-2014-00528-00(1669-14)	4
Incremento de la asignación de retiro teniendo en cuenta el IPC para los años 1997 a 2004.	11001-03-25-000-2012-00544-00(2062-12)	5



CAPÍTULO 2

Sentencias de Unificación



Importancia Jurídica

Ficha
No. 1

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad Electoral	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-28-000-2010-00098-00(IJ)	FECHA: 10/07/12
-----------------------------------	---	---	---------------------------

PONENTE: Olga Mélida Valle de De La Hoz

ACTOR: Jaime Enrique Serrano Pérez

DEMANDADO: Mónica del Carmen Anaya Anaya

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
-----------	----------	-----------

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la igualdad electoral.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.

TEMA PRINCIPAL: Parentesco con funcionario que ejerce autoridad: inhabilidad de Representante a la Cámara.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Inhabilidad por ejercicio de autoridad civil o política: para que se configure no es necesario que el funcionario haya ejercido materialmente su autoridad, basta con tenerla. Licencia no remunerada y designación de Alcalde ad hoc: situaciones administrativas que no separan al alcalde titular de sus funciones.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La inhabilidad se encuentra acreditada, en razón a que la señora, Mónica Anaya Anaya, al momento de su elección como Representante a la Cámara, por el Departamento del Magdalena, se encontraba casada con el señor Enoc Guzmán del Portillo, quien ejercía el cargo de Alcalde del Municipio de Tenerife -Magdalena.

La causal de inhabilidad se configura en tanto que el territorio en donde ejerce autoridad el cónyuge de la demandada, corresponde a la circunscripción electoral del Magdalena, a la cual ella se presentó como candidata a la Cámara de Representantes."

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA:

"De conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corporación es contrario a la naturaleza de la acción electoral, demandar actos distintos al que declara la elección porque según el artículo 229 del C. C. A., para obtener la nulidad de una actuación administrativa que culmina con un acto de carácter electoral, debe demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no los actos intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a estos.

[...]

Para poder establecer la configuración de la causal invocada en el presente caso, procede la Sala a establecer si se cumplen con los presupuestos exigidos, a saber, i) la congresista elegida debería tener un vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco, en los grados que determina la ley, con funcionario que ejerza autoridad civil; ii) el funcionario con el vínculo o parentesco ejerció esa autoridad en la circunscripción electoral en la que se realizó la elección y; iii) el ejercicio de la autoridad se realizó en el momento de la elección.

[...]

Quedó plenamente demostrado el vínculo existente entre el Alcalde del Municipio de Tenerife y la Congresista, de conformidad con el Registro Civil.

En cuanto al ejercicio de autoridad civil o política, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada al señalar que los alcaldes de los municipios ostentan dicha facultad una vez toman posesión de su cargo y la circunstancia de ejercer, no implica realizar acciones, basta solo con tenerlas, así mismo, en otras ocasiones se ha dicho que la autoridad se manifiesta en la potestad de dirección o mando que un funcionario ostenta frente a los ciudadanos. Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra la Sala que el primer presupuesto para declarar la nulidad de la elección de la Congresista demandada se cumple.

[...]

Como la circunscripción la conforma todo el departamento, es decir, que éste es un subconjunto del total de los electores del país, en forma de unidad independiente para la escogencia de ciertos cargos -en este caso Representantes a la Cámara-, las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en la Constitución rigen allí, de modo que lo que ella prohíbe comporta toda esa circunscripción, en este caso, ejercer autoridad civil o política.

La anterior conclusión debe ser la interpretación correcta que de ahora en adelante debe dársele a los incisos finales del artículo 179 en relación con los Representantes a la Cámara, por cuanto la sola circunstancia de la presencia de un vínculo entre el candidato a elegirse por un departamento y la persona que ejerza autoridad civil o política en un municipio perteneciente a dicha entidad territorial, coloca a éste en una posición desigual frente a los demás, vulnerando así el principio de igualdad electoral, el cual, pretende fundamentalmente que el electorado no se vea constreñido por cualquier circunstancia extraña y goce de plena libertad al momento de ejercer su derecho constitucional al voto. Por las razones anteriores, la Sala considera que el segundo presupuesto se cumple.

[...]

En aquellos eventos de designación de alcaldes ad hoc, el titular sigue ostentando la calidad de tal, y tiene la posibilidad de ejercer en cualquier momento autoridad civil o política en el municipio, lo que implicaría una potencialidad en la vulneración del principio de igualdad electoral.

La licencia solicitada por el señor Enoc Adolfo Guzmán del Portillo para ausentarse del ejercicio del cargo como alcalde del municipio de Tenerife, permite inferir una maniobra tendiente a burlar la prohibición constitucional, con lo cual, la alegada confianza legítima, dicho sea de paso, de manera extemporánea, pierde por completo cualquier soporte fáctico.

De tal forma, se afirma que el tercer presupuesto exigido para la configuración de la causal de inhabilidad se cumple en el presente caso."

FUENTES: Numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política.

DECISIÓN:

"DECLARAR infundadas las excepciones de falta de personería adjetiva y falta de agotamiento de la vía gubernativa frente a la petición subsidiaria formuladas por la parte demandada.

ANULAR la elección de la señora Mónica Anaya Anaya, como Representante a la Cámara por el departamento del Magdalena, período constitucional 2010-2014, contenida en el Acuerdo No. 12 del 19 de julio de 2010, expedido por el Consejo Nacional Electoral."

4. ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

- El 8 de agosto de 1991 en la Notaría Única de Plato (Magdalena), la señora Mónica del Carmen Anaya Anaya, contrajo matrimonio civil con el señor Enoc Adolfo Guzmán del Portillo.
- El 28 de octubre de 2007 el señor Enoc Adolfo Guzmán del Portillo, fue elegido alcalde del municipio de Tenerife (Magdalena) para el período comprendido entre el primero de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011; tomando posesión del cargo el día primero de enero de 2008 y hasta la fecha de presentación de la demanda permanecía en el ejercicio de sus funciones como alcalde de dicha municipalidad.
- Al tomar posesión en el cargo de alcalde municipal de Tenerife, por mandato del artículo 24 de la ley 99 de 1993, el señor Enoc Adolfo Guzmán adquirió la condición de miembro de la Asamblea Corporativa de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena (Corpamag).
- El 14 de marzo de 2010, se celebró en todo el país las elecciones para Senado y Cámara de Representantes, período institucional 2010-2014.
- El 16 de marzo del 2010, se llevaron a cabo los escrutinios municipales y departamentales, respectivamente, frente a los cuales, se presentaron diversas reclamaciones resueltas por la Comisión Escrutadora Departamental, interponiéndose recurso de apelación contra algunas de ellas, siendo rechazados in limine por el Consejo Nacional Electoral mediante resolución 1258.
- El Consejo Nacional Electoral, mediante acuerdo número 12 del 19 de julio de 2010 declaró la elección de los Representantes a la Cámara por la Circunscripción electoral del Departamento del Magdalena, entre ellos los de Mónica Anaya Anaya por el Partido Liberal para el período institucional 2010-2014."

"El señor Jaime Serrano Pérez, mediante apoderado judicial, y en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que es nulo el acto declaratorio de la elección de la señora MONICA (sic) DEL CARMEN ANAYA ANAYA como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral territorial del Magdalena, contenido en el Acuerdo número 12 de 19 de julio de 2010 y formulario E-26 correspondiente, dictados por el Consejo Nacional Electoral, por encontrarse incurso en causal de inhabilidad constitucional y legal para ser elegida en dicho cargo, generada por el ejercicio de autoridad civil en la circunscripción electoral departamental del Magdalena por parte de su esposo ENOC ALDOFO GUZMAN (sic) DEL PORTILLO.

SEGUNDA. Que son igualmente nulas las resoluciones del Consejo Nacional Electoral números 1782 del 18 de julio de 2010, por medio de la cual ordenó expedir nuevos formularios E-24 y E-26 para Cámara de Representantes por la Circunscripción Electoral del Magdalena y Resolución del 19 de Julio de 2010, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición formulados contra la Resolución número 1782 del 18 de junio citada, y los formularios E-24 y E-26 que conservan vigencia, en relación con los resultados electorales asignados a la candidata MONICA DEL CARMEN ANAYA ANAYA.

TERCERA. Que son igualmente nulas las resoluciones números 1678 del 13 de julio de 2010 y 1742 del mismo mes y año, por medio de las cuales el Consejo Nacional Electoral desestimó la pretensión formulada por mi mandante de abstenerse de declarar la elección de la ciudadana MONICA DEL CARMEN ANAYA ANAYA por encontrarse incurso en causal de inhabilidad constitucional y legal para ser elegida en el cargo de Representante a la Cámara y resolvió denegar los recursos de reposición interpuestos contra la anterior decisión, respectivamente.

CUARTA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se declare elegido al candidato que resulte con la segunda mayor votación de quienes participaron como candidatos del Partido Liberal en las elecciones para Cámara de Representantes en la Circunscripción Electoral del Magdalena [...].

De manera subsidiaria solicitó:

"Que se declare nulo el Acuerdo número 12 del 19 de julio de 2010 y el formulario E-26 Cámara de Representantes por la Circunscripción electoral del Magdalena, en cuanto a la elección de la señora MONICA (sic) DEL CARMEN ANAYA ANAYA, por encontrarse incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional y numeral 5 del artículo 223, en concordancia con los artículos 227 y 228 del C. C. A. en razón del ejercicio de autoridad política y civil por parte de su esposo ENOC ADOLFO GUZMÁN DEL PORTILLO en su condición de alcalde del Municipio de Tenerife (Magdalena), y se declaren igualmente nulos los actos administrativos relacionados en las pretensiones segunda y tercera principales [...].

De prosperar la anterior pretensión, que se declare electo al candidato que haya sucedido a la señora MONICA (sic) DEL CARMEN ANAYA ANAYA en número de votos dentro del partido liberal (sic) [...]"

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

Ficha
No. 2

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Revisión de acuerdo conciliatorio	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 25000-23-24-000-2011-00081-01(IJ)	FECHA: 10/07/2012
---	---	---	-----------------------------

PONENTE: Marco Antonio Velilla Moreno **ACTOR:** Saludcoop EPS

DEMANDADO: Superintendencia Nacional de Salud

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
-----------	--	-----------	----------

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se improbo el acuerdo conciliatorio.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Ley 446 de 1998, artículo 70; Ley 23 de 1991, artículo 59

TEMA PRINCIPAL: Conciliación extrajudicial administrativa.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Funciones de la Superintendencia Nacional de Salud.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"3.1. Apelación de Saludcoop

El apoderado de Saludcoop solicita se revoque el auto apelado y en consecuencia se proceda a aprobar la conciliación a la que se ha hecho referencia y finca su inconformidad con la providencia apelada, principalmente, en lo siguiente:

3.1.1. Insiste en la existencia de violación del debido proceso, pues la discusión no se centra, como lo hace el Auto apelado, en si lo que se practicó fue una inspección ocular o una inspección administrativa, pues así se haya practicado la una o la otra, no se cumplió con el objeto de la prueba solicitada por las siguientes razones:

La Superintendencia Nacional de Salud encontró que la EPS había destinado dineros de la UPC para la realización de inversiones, lo cual está prohibido por la ley. Si esa era la imputación la forma más sencilla de desvirtuar ese hallazgo era simplemente que se practicara una prueba en la que, sea a través de una u otra forma de inspección, se revisara partida por partida de los recursos de la UPC para determinar si se gastaron o en que se invirtieron. Asimismo se solicitó se revisara, también partida por partida, el origen de los dineros que se habían empleado para las inversiones de infraestructura. En consecuencia el problema radica en si se practicó o no la prueba como se había solicitado, lo cual era absolutamente pertinente, procedente y conducente para demostrar que no se habían utilizado recursos de la UPC en inversiones de infraestructura.

De hecho, el simple cálculo matemático de lo que había recibido durante los años 2004 a 2008 por UPC frente a los gastos médicos de esos años, llevaba a concluir que la UPC ni siquiera había alcanzado para cubrir todo el gasto médico. En consecuencia, si no había alcanzado para ello, mal podría sostenerse que se había utilizado en infraestructura. En efecto, la UPC recibida en esos años ascendió a la suma de \$6.052.746.513 y el gasto médico realizado fue del valor de \$6.378.258.146 miles; se repite, ni siquiera alcanzó el dinero para cubrir el gasto médico.

La violación del debido proceso no se da entonces porque se realizó una inspección administrativa y no una inspección ocular con intervención de perito contador sino porque de las tres pruebas ordenadas por la Superintendencia mediante el Auto 0821 solamente se atendió la práctica de una: la relativa a las fuentes y usos, sin que se realizaran la primera ni la tercera.

3.1.2. La violación del debido proceso se presentó también por el hecho de que la Superintendencia inició su actuación con un informe preliminar que indicaba que se habían desviado recursos de la UPC, no obstante lo cual en el informe final se refiere a que se destinaron a otros fines recursos parafiscales, lo que implicaba un cambio total de postura, al hacer extensivo el concepto de parafiscalidad a todos los demás ingresos que las EPS tienen, a pesar de que la práctica ilegal establecida solo está contemplada respecto de los recursos de la UPC, más no respecto de los demás ingresos de las EPS.

Pero la resolución 0983 crea una nueva práctica ilegal o no autorizada que no se había ventilado ni en el informe preliminar de visita ni en el final, consistente en que todos los ingresos de las EPS son parafiscales por lo cual se deben destinar a prestar servicios de salud.

La violación al debido proceso se produce entonces porque se inicia una actuación administrativa tipificando un determinado hallazgo, pero se termina dando órdenes por la comprobación de otro hallazgo, diferente del que determinó el informe preliminar.

3.1.3. Respecto de la indebida utilización de la UPC en inversiones de infraestructura, manifiesta que el Tribunal avaló las Resoluciones objeto de conciliación pese a que no existe prueba alguna dentro de la actuación administrativa de la cual se pueda concluir que la EPS utilizó los recursos de la UPC para realizar inversiones. Por el contrario y precisamente ahí surge la confusión, la prueba que la EPS utilizó y que pese a haber sido decretada no se realizó iba dirigida a demostrar en que se habían invertido los recursos de la UPC durante todos esos años, e igualmente a demostrar con qué recursos se habían realizado las inversiones en infraestructura.

3.1.4. En cuanto a la incorrecta interpretación de la normatividad, insiste en que la misma, según el Acta de Conciliación radica en que (i) no es correcta la tesis de que no se pueden destinar los recursos parafiscales en inversiones en activos fijos destinados a prestar servicios de salud y (ii) en la aplicación de normas de carácter general, para el análisis, sin profundizar en la naturaleza jurídica del vigilado (cooperativa), ya que si la EPS generaba un remanente en su operación, le era lícito reinvertirlo y destinarlo a actividades de inversión en activos fijos destinados a prestar servicios de salud.

A juicio del apelante, dentro de la parafiscalidad de los recursos que manejan las EPS, hay unos que deben destinarse exclusivamente para los costos y gastos de servicios de salud, y no se pueden destinar a infraestructura, así sea que la misma beneficie al sector de salud, como los son las UPC; pero hay otros como las cuotas moderadoras, pagos compartidos, tarifas y bonificaciones de los usuarios, que se pueden aplicar no solo al pago de los costos y gastos de los servicios de salud, en el cual resulta admisible la inversión en infraestructura médica y asistencial que beneficia al mismo sector salud. No sobra recordar, que fuera de toda la bolsa de recursos parafiscales, las EPS también manejan ingresos que no tienen esta naturaleza, sobre los cuales no existe ninguna restricción de uso (v.g. ingresos de recobros, financieros, actividades industriales y comerciales etc).

Contrario a lo afirmado en la Resolución 983, si se observan con detenimiento las normas de la Ley 100 de 1993, las normas de habilitación financiera (Decreto 574 de 2007) y las normas que regulan la organización y funcionamiento de las EPS, en especial el Decreto 1485 de 1994, no se encuentra la obligación legal de que la generación interna fondos de una EPS se deba mantener en disponible para atender los compromisos del POS. No existe ninguna disposición legal y reglamentaria que imponga esa obligación; las disposiciones legales sobre margen de solvencia y patrimonio técnico en ningún aparte contemplan tal exigencia para las EPS.

Las operaciones no autorizadas a las EPS por el artículo 11 del Decreto 1485 de 1994, no establecen restricciones al uso que las EPS pueden dar a los remanentes de liquidez que le quedan después de prestar y garantizar el servicio de salud.

En consecuencia, constituye total exlimitación de las competencias de la Superintendencia Nacional de salud, exigir e imponer a una EPS el cumplimiento de una obligación que no está tipificada en la ley o en sus reglamentos. Tanto así que la Resolución no cita la norma que le sirve de fundamento para dar esa orden.

Tampoco existía una regulación que indicara a las EPS del régimen contributivo en que pueden o no utilizar los recursos de la UPC y demás ingresos que reciben, y por ello este vacío lo han tenido que suplir los Ministerios de Hacienda y de Protección Social a través de sus conceptos e instrucciones en la materia, de los cuales transcribe algunos apartes que considera contrariados por la interpretación de la Superintendencia Nacional de Salud en las Resoluciones atacadas.

Igualmente considera que se da un trato discriminado a Saludcoop frente a las Administradoras del Régimen Subsidiado a las cuales el artículo 13 del Decreto 1804 de 1999 prohíbe adquirir inmuebles o realizar cualquier tipo de inversión de compra o arrendamiento financiero con cargo a los recursos de la UPC “salvo en el porcentaje que resulte al deducir del 100% del ingreso los valores porcentuales necesarios para cancelar en forma oportuna las obligaciones con los proveedores de bienes y prestadores de servicios de salud conforme las disposiciones legales y contractuales vigentes y los recursos necesarios para el pago de sus empleados y servidores”

Agrega que tampoco existe norma legal que establezca que los ingresos diferentes de la UPC y los copagos y las cuotas moderadoras son de carácter parafiscal, como lo afirma la Superintendencia Nacional de Salud.

En cuanto al sustento legal para que las EPS puedan prestar directamente servicios de salud, manifiesta que la prestación directa de los servicios de salud por parte de las EPS está determinada en (i) literales i, k del artículo 156 de la Ley 100 de 1993; (ii) Parágrafo 1 del artículo 181 de la Ley 100 de 1993; (iii) Parágrafo 1 del artículo 183 de la Ley 100 de 1993.

Indica que si la EPS decide organizar directamente la prestación del servicio de salud, debe cumplir los estándares básicos y de estructura. Y de procesos por cada uno de los servicios médicos que se prestan y que se consideran suficientes y necesarios para reducir los principales riesgos que amenazan la vida o la salud de los usuarios. Estos estándares como lo indica la propia reglamentación, comprenden: recurso humano, infraestructura –instalaciones físicas- mantenimiento, dotación-mantenimiento, medicamentos y dispositivos médicos para uso humano y su gestión, procesos prioritarios asistenciales, historia clínica y registros asistenciales, interdependencia de servicios, referencia de pacientes y seguimiento a riesgos en la prestación de servicios de salud.

La inversión de recursos del sistema de salud en infraestructura para la prestación de servicios de salud o en servicios que complementen esta actividad, se enmarca dentro de la parafiscalidad.

La inversión de recursos que Saludcoop ha realizado se ha enfocado al desarrollo y adquisición de la infraestructura médica necesaria para prestar servicios de salud, la adquisición de los equipos médicos y de soporte administrativo necesarios para este fin. Es decir, los recursos además de utilizarse con el fin de poder prestar servicios de salud, se han reinvertido en el propio sector.

Respecto del desconocimiento de la naturaleza cooperativa de Saludcoop y de que su inversión en infraestructura hospitalaria se realizó con los remanentes de liquidez, insiste en que como entidad cooperativa no puede repartir ni sus excedentes ni sus remanentes, por disposición del artículo 4 de la Ley 79 de 1988, y además como entidad privada puede participar en la prestación de un servicio público, en este caso el de salud, como administrar recursos públicos. Y como particular tiene derecho a un margen de ganancia.

La Superintendencia aunque reconoció el derecho de ganancia de la EPS, no aclaró ni fijó los parámetros de cuál debe ser ese límite, lo que implicó una violación del derecho de defensa, por no asumir el debate de fondo.

Estando claro que las EPS como particulares, que participan en la administración del servicio de salud: (i) tienen derecho a derivar un margen de ganancia; (ii) esa ganancia corresponde a los dineros que en efectivo le quedan luego de prestar el servicio de salud, (iii) y que como organización cooperativa, no los podía repartir, los debía en consecuencia reinvertir en su objeto social, es necesario realizar la verificación de cada inversión, y comprobar que estaban destinadas para hacer más eficiente la prestación del servicio de salud, o estaban conforme con las disposiciones estatutarias de la entidad, o estaban conforme con su naturaleza cooperativa.

Lo que se reprocha a las resoluciones de la Superintendencia es que no haya tomado en cuenta la naturaleza cooperativa de Saludcoop.

3.1.5. En relación con las irregularidades evidenciadas en el procedimiento seguido por la Superintendencia para imponer las medidas mediante las resoluciones objeto de la conciliación señala que el Tribunal no solo no tuvo en cuenta la legislación vigente que rige sobre el particular, sino que desconoció pronunciamientos del Consejo de Estado que en un caso similar, anuló los actos administrativos de la misma Superintendencia Nacional de Salud, que no obstante ésta entidad calificara de cautelares, el Consejo de Estado consideró que eran de naturaleza sancionatoria.

Para reforzar su aserto transcribe apartes del fallo del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2010, en un caso fallado contra la Superintendencia Nacional de Salud e impetrado por la EPS Colmédica.

El desconocimiento del debido proceso consistió en que si de los informes preliminar y final de visita se encuentran hallazgos, como en efecto sucedió en el presente caso, el Superintendente delegado deberá concluir el procedimiento (no concluirlo en esta etapa), y para tal efecto las normas procedimentales le dan tres opciones a saber: ordenar plan de desempeño, abrir investigación administrativa (que puede conducir a una sanción administrativa) o si las circunstancias lo ameritan, ordenar la toma de posesión.

3.1.6. En materia de los errores técnicos de las Resoluciones 296 del 11 de febrero de 2010 y 983 del 21 de junio de 2010 señaló que Saludcoop contrató un dictamen de KPMG cuyo informe denota las fallas en la práctica de pruebas realizadas por la Superintendencia y los errores cometidos en el análisis de la información.

3.2. Apelación de la Superintendencia Nacional de Salud.

3.2.1. Irregularidad del procedimiento de la adopción de la decisión.

Controvierte aquí la apreciación del Tribunal consistente en que la Superintendencia Nacional de Salud, había actuado en ejercicio de las competencias reglamentarias consagradas en el artículo 8 numeral 8 del Decreto 1018 de 2007, que reguló la estructura interna de la Superintendencia Nacional de Salud.

La recurrente se aparta de ese criterio, especialmente, por las siguientes razones:

Las órdenes que se emitan con base en las facultades consagradas en el literal c) del artículo 35 de la Ley 1122 de 2007 y artículo 8 numeral 8 del Decreto 1018 de 2007, deben ser impartidas en el marco de un debido procedimiento.

La Superintendencia Nacional de Salud en el trámite que originó la expedición de las resoluciones 296 y 983 de 2010, siguió los manuales de procesos y procedimientos, en el capítulo visitas de inspección de la Resolución 280 de 2009 en concordancia con las Resoluciones 1242 de 2008 y 1212 de 2007, pero erró al culminar el procedimiento y tomar una medida diferente a la contemplada en los citados manuales y resolución de procedimiento administrativo sancionatorio.

Así las cosas el Superintendente de Salud en aras de garantizar el debido proceso de Saludcoop, debió impartir las órdenes y adoptar la decisión que considerara proporcionada y razonable, como medida cautelar dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio, o como un plan de desempeño o como una medida de salvamento en la intervención administrativa. De lo contrario debió proceder a tomar posesión de la EPS para administrarla y cautelar sus bienes o liquidarla o, como resultado de un proceso de investigación revocar su certificado de habilitación.

Advierte que no se puede confundir la actuación de la Superintendencia en las Resoluciones materia de conciliación con la implementación de una orden de inmediato cumplimiento "por cuanto dicha decisión si ostenta el carácter de sanción administrativa. Ello es así porque, aunque directamente no se dice, implícitamente esta es la manifestación de la administración, por cuanto las decisiones tienen en efecto definitivo y producen consecuencias que generan limitaciones de operación a la EPS para el cumplimiento de sus funciones y el desarrollo de su misión, se le imponen a Saludcoop costos financieros y limitaciones para acceder a recursos que conllevan mayores costos y la restitución de la liquidez se traduce en la necesaria venta de activos fijos de un valor significativo en infraestructura de salud, en unos plazos y condiciones contrarios al costo de oportunidad de la Entidad y bajo el riesgo patrimonial para la vigilada que podría tener repercusiones en el Sistema General de Seguridad Social en salud y contra el Estado colombiano.

3.2.2. Vulneración del debido proceso por la negativa de práctica de pruebas conducentes a demostrar los supuestos de la medida adoptada.

Se comparte parcialmente la decisión del Tribunal en el sentido que el decreto de la prueba solicitada por la EPS, puede ser variada por la Superintendencia, siempre y cuando conserve su finalidad en aras de garantizar el debido proceso al vigilado. Sin embargo “debe advertirse que este proceso probatorio se dio en el marco de una visita inspectiva y no dentro de un proceso de investigación formal”. Por la misma razón no hubo lugar a la formulación previa del pliego de cargos, ni se procedió a establecer procedimientos probatorios o peritajes precisos sobre imputaciones claramente definidas, que permitieran verificar y probar los aspectos que de ese informe pueden ser debatibles, por ejemplo los inventarios de bienes, la adecuada identificación y registro de los bienes que tienen una clara finalidad de atender a los afiliados de la EPS, de aquellos que no la tienen; la valuación de los bienes a través del tiempo que incorpore la pérdida de valor de los mismos por desgaste y uso, para la atención de los afiliados a la EPS.

El Comité de Conciliación registró que la interpretación normativa acerca de la inversión en infraestructura era insuficiente, por cuanto una vez se declaró en el año 2007 la determinación de inversiones en activos fijos como práctica insegura por parte de las EPS, dejó por fuera y sin contexto todo análisis legal que permitía esas prácticas hasta el año 2006 cuando se expidió la circular 26 y que el Tribunal consideró que el Comité no desarrolló a profundidad.

3.2.3. Incorrecta interpretación de la normatividad relacionada con la aplicación de los recursos parafiscales de la seguridad social.

Resiente el apelante que el Tribunal haya desconocido los argumentos que le fueron presentados en relación con la interpretación de las Circulares 26 de 2006, 47 de 2007 y 49 de 2008, considerando que parte de la normatividad invocada por el Comité de Conciliación de la Superintendencia está derogada actualmente, no obstante lo cual la recurrente considera que si debió analizarse, porque solo revisando históricamente la evolución de la reglamentación en la materia, es posible determinar la legalidad de estas conductas en el tiempo, y los principios de legalidad y confianza legítima que los cobijaban.

Se manifiesta también en desacuerdo con el hecho de que el Tribunal haya inferido de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que una inversión para ser considerada dentro de los fines de la parafiscalidad, además del uso que se le dé, ha de ser necesariamente de corto plazo. En sentido contrario, el Tribunal consideró que las inversiones de largo plazo no cumplen por ello la finalidad parafiscal en la seguridad social, sin determinar su uso. Esta interpretación a la que se arriba por extensión, después de verificar si el uso de los recursos parafiscales esta dado para atender las necesidades de los servicios de salud de los afiliados es incorrecta, porque nada tiene que ver la convertibilidad de un bien en dinero o en otros bienes (liquidez) con la finalidad para la que se adquiere y el uso que se le da o se le ha dado. Si bien es cierto que por vía de la circular 26 de 2006 de la Superintendencia Nacional de Salud se llegó a ver que era necesario declarar las inversiones con los recursos parafiscales en activos fijos como práctica insegura y prohibida, porque con ella se puede derivar un traslado de propiedad, no es menos cierto que esa situación se materializa cuando esos bienes se enajenan o cuando la EPS se liquida, y que mientras eso o sea así esas inversiones se estarían agotando o consumiendo en la prestación de servicios de salud, es decir en el cumplimiento de los fines del Estado.

La Superintendencia Nacional de Salud concluye que:

No es lógico que ante un informe final que registra posible desviación de recursos, no se haya procedido a abrir investigación o a intervenir a Saludcoop EPS, tomando el dominio de todos sus bienes y haberes, porque en ese momento, si en realidad había convicción sobre el informe final, esas decisiones eran precedentes. Es decir, no hay congruencia entre el informe final y la Resolución 296 confirmada por la 983 de 2010, porque mientras el informe final apunta a la necesaria devolución de recursos al Estado, la Resolución 296 está orientada a exigir una mayor liquidez de la EPS y la obliga a restituirla.

La medida de obligar a la EPS a la toma de créditos o la venta de clínicas y activos, no contribuye de ninguna manera, a la recuperación de dineros del erario, porque los recursos resultantes de la venta de activos y clínicas se dejan en manos de Saludcoop, y no existe restitución real del dinero que, según la interpretación debe ser del Estado.

Finalmente señala que el Tribunal no se pronunció sobre la interpretación que el Comité de Conciliación dio a la Sentencia de 21 de octubre de 2010, radicación 11001-03-24-000-2005-00168-01, Consejero ponente: Rafael Ostau de Lafont Pianeta, actor Colmédica Medicina Prepagada”.

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

El artículo 1° del Decreto 1818 de 1998 “Por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”, compilador del artículo 64 de la Ley 446 de 1998 “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones” define la conciliación como el mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero natural y calificado denominado conciliador.

El artículo 19 de la Ley 640 de 2001 establece que “[s]e podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios”.

Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo, conforme lo señala el artículo 23 ídem, “sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción”.

La Ley 446 de 1998 reguló la conciliación en materia contencioso administrativa, prejudicial o judicial, en los procesos que se adelanten ante esta jurisdicción. Así, en el inciso 1.° del artículo 70 que modificó el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, establece que “[p]odrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo”.

Cabe añadir, como se señaló en providencia de 26 de mayo de 2011, que según la Ley hay casos en que la conciliación se constituye en requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa.

[...]

2. Los requisitos de la conciliación.

La normativa vigente en materia de conciliación dispone que para aprobar el acuerdo el juez debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad [artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998].
2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes [artículo 59 de la Ley 23 de 1991 y 70 de la Ley 446 de 1998].
3. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar [artículos 314, 633 y 1502 del C. C., artículos 44 C. P. C., 149 C. C. A.].
4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público [artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 y artículo 73 de la Ley 446 de 1998].

3. Análisis sobre el cumplimiento de los requisitos de la conciliación.

3.1. Respecto de los primeros requisitos encuentra la Sala que:

(i) Tanto la Superintendencia Nacional de Salud como Saludcoop EPS OC se encontraban debidamente representadas y los representantes estaban facultados para conciliar y llevar a cabo el respectivo acuerdo;

(ii) Las decisiones objeto de conciliación involucran un contenido económico y pueden ser conocidas por la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto al quedar ejecutoriadas derivaron en actos administrativos definitivos, conforme el último inciso del artículo 50 del C. C. A., actos que afectan la condición jurídica de un sujeto de derecho y tal afectación es de contenido económico, toda vez que ordena a Saludcoop EPS OC, entre otros, restablecer a la liquidez de la EPS los recursos utilizados en la adquisición de activos y otras operaciones glosadas en los informes de visita y en las consideraciones de esta Resolución durante el período 2004 a 2008;

(iii) En el presente caso, pese a que se trata del uso de recursos parafiscales, el objeto de la conciliación fue la presunta violación del debido proceso y no el contenido de las Resoluciones;

(iv) Tampoco se trata de un proceso ejecutivo de los previstos en el artículo 75 de la ley 80 de 1993, y

(v) Tal como lo señaló el Tribunal, en el caso no había operado el fenómeno de la caducidad puesto que la Resolución 00983 de 21 de junio de 2010, expedida por el Superintendente Nacional de Salud, "Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop EPS OC contra la Resolución 296 de 2010" que finalizó la actuación administrativa de que se trataba, fue notificada personalmente al apoderado de Saludcoop EPS OC, el 7 de julio de 2010 y la solicitud de conciliación se presentó el 5 de noviembre de 2010 .

3.2. En cuanto al cuarto requisito procede la Sala a hacer las siguientes consideraciones:

3.2.1. De acuerdo con el Artículo 71 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 62 de la Ley 23 de 1991, "Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado."

(...)

Al respecto la jurisprudencia ha señalado que cuando el artículo 71 de la ley 446 de 1998 "hace un reenvío al artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, que se ocupa de regular las causales de procedencia de la revocatoria directa, no restringe las funciones de control de legalidad a cargo del juez administrativo. A pesar de que la norma transcrita remita a las causales del 69 del C. C. A., que usualmente se han distinguido entre las relativas a la conveniencia y las atinentes a la legalidad, lo cierto es que está regulando una figura distinta a la revocatoria directa consagrada en ese artículo: la simple remisión legislativa, con miras a establecer causales para su procedencia, no hace equiparable exactamente la revocatoria que directamente profiere la Administración con la figura de la revocación del acto que se entiende como producto del acuerdo conciliatorio sobre sus efectos".

(...)

Igualmente ha precisado la jurisprudencia que dada la presunción de legalidad que cobija las resoluciones materia de la conciliación hasta que el juez administrativo establezca lo contrario, para que proceda la conciliación por razones fundadas en el numeral 1 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo es necesario evaluar si en el acto administrativo objeto de conciliación se observa una manifiesta oposición a la Constitución Política o a la ley, es decir, si dicho acto "acusa una ostensible infracción del orden jurídico, que sea apreciable a primera vista" (Subraya la Sala).

Adicionalmente es claro para esta Corporación que el control que hace el juez administrativo del acuerdo conciliatorio a que llega el Estado no supone por parte de esta instancia un prejuicio, "debido a que no se anticipa concepto alguno sobre la legalidad de la actuación de la administración sino que dicha tarea se restringe a la revisión del acuerdo conciliatorio en orden a verificar su entera sujeción al ordenamiento jurídico."

Ha manifestado también la jurisprudencia que "Bajo el anterior contexto, estricto sensu, la aprobación del acuerdo conciliatorio depende de la fortaleza probatoria que lo sustenta, habida cuenta de que el juez, además de llegar a la íntima convicción de su fundamentación jurídica, tal y como se señaló, debe inferir que no resulte lesivo del patrimonio público. Nótese que, acorde con las voces del artículo 73 in fine de la Ley 446 de 1998 (que incorporó el artículo 65 A. de la Ley 23 de 1991, compilado por el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998), el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en "las pruebas necesarias", esto es, contar con el debido sustento probatorio". (Resaltado fuera del texto).

Igualmente ha puntualizado la jurisprudencia que "Por ello, en materia contencioso administrativa, donde está involucrado el patrimonio estatal y el interés público, el Juez, en aras de establecer la viabilidad del acuerdo, debe extremar esfuerzos para constatar que los elementos probatorios con que pretende demostrarse la existencia del derecho reclamado resultan idóneos y suficientes para ese fin, sin que tal ejercicio constituya una indebida intromisión frente a la voluntad expresada por las partes" y que "la Sala, acatando ese medio de composición, en el entendido que tiene un universo único y que es tarea del Juez circunscribirse a la voluntad expresada por las partes, verificará si todos los derechos conciliados encuentran respaldo probatorio en el expediente". (Resaltado fuera del texto)

Desde este contexto legal y jurisprudencial, deberá revisarse si en el caso puesto a consideración de esta instancia se cumplen las condiciones referentes a que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público, sin las cuales no es posible la homologación del acuerdo conciliatorio por parte del juez contencioso administrativo.

(...)

Las precisiones precedentes son indispensables a fin de examinar los argumentos planteados por los recurrentes en el presente caso, porque desde la perspectiva probatoria, les corresponde a las partes del acuerdo que se somete a examen de legalidad judicial no sólo afirmar, sino demostrar la existencia de la causal de revocatoria. Sin embargo, la tarea acometida en ese sentido por las partes impugnantes, que se limitan a reforzar los argumentos del acuerdo conciliatorio, no está llamada a tener éxito, pues revisado el expediente encuentra la Sala que de las pruebas allegadas al mismo no se deriva que se haya violado el debido proceso (...)

(...)

3.2.2. El Acta No. 79 de 1 de febrero de 2011 que contiene las razones jurídicas que llevaron al acuerdo conciliatorio señala que "se violó el debido proceso contemplado en las Resoluciones 1212 de 2007, 1242 de 2008, 280 de 2009 y el artículo 29 de la Carta lo que da lugar a la aplicación del numeral 1 del artículo 69 del C. C. A., teniendo en cuenta que la Superintendencia Nacional de Salud en lugar de abrir investigación administrativa, intervenir u ordenar un plan de desempeño, ordenó a Saludcoop suspender las prácticas ilegales o no autorizadas y adoptar las medidas correctivas y de saneamiento como medida definitiva sin que hubiera una apertura de investigación previa".

En lo referente al incumplimiento de las Resoluciones 1212 de 2007, 1242 de 2008 y 280 de 2009, alegado por la Superintendencia Nacional de Salud, encuentra la Sala que la Resolución 1212 de 2007 se ocupa de señalar los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias, asunto que no es materia del presente caso porque las resoluciones objeto de conciliación no son de esta índole.

A su turno, la Resolución 1242 de 2008, mediante la cual se adopta el Manual de Visitas de la Superintendencia Nacional de Salud, concluye señalando, como lo afirma la Superintendencia nacional de Salud, que "Si en virtud de la visita se decide ordenar Plan de Desempeño, entonces se llevarán a cabo las actividades previstas en el Manual de Procesos y Procedimientos de la Superintendencia Nacional de Salud para dicho procedimiento y de manera análoga se procederá si se deciden iniciar investigaciones administrativas o intervenciones".

No obstante, la anterior norma debe interpretarse en armonía con el Manual de Procedimientos de la Entidad adoptado mediante la Resolución 280 de 2008, donde se establece el procedimiento a seguir en el caso de prácticas no autorizadas, donde se prescriben como políticas de control, entre otras, las "visitas inspectivas de campo", se indica que se hacen requerimientos al vigilado para que dé explicaciones o aporte la documentación faltante y de ser insatisfactoria la respuesta se procederá a proyectar el acto administrativo que ordene "la corrección o suspensión de las conductas no autorizadas".

Con base en lo anterior no encuentra la Sala que se haya violado el debido proceso a Saludcoop, máxime si además de darle a conocer los hallazgos del ente de control, se le permitió presentar las explicaciones que consideró necesarias e interponer los correspondientes recursos.

(...)

Adicionalmente observa la Sala que las Resoluciones materia de la conciliación se fundan en la facultad que, conforme al artículo 8° numeral 8 del Decreto 1018 de 2007, tiene el Superintendente Nacional de Salud para "Emitir órdenes de inmediato cumplimiento necesarias para que suspendan prácticas ilegales o no autorizadas, adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento".

Tal como lo señala la Contraloría General de la República en su intervención, la facultad antes transcrita difiere de aquella de imponer sanciones a que se refiere el numeral 35 del artículo 8 del Decreto citado, referente a "Fallar en segunda instancia los procesos administrativos sancionatorios que adelanten en primera instancia los Superintendentes Delegados".

Adicionalmente, el mismo artículo dispone en el numeral 22 que corresponde al Superintendente "Señalar con sujeción a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias que deba surtir, respetando los derechos del debido proceso, defensa, o contradicción y doble instancia".

Lo anterior no implica por supuesto que las facultades que otorga el legislador a las entidades de inspección, vigilancia y control, puedan ser ejercidas con violación del debido proceso, pues ello implicaría un retroceso histórico inaceptable en materia de control de la arbitrariedad e ilegalidad en las actuaciones de la administración. Lo que sucede en el presente caso, es que la actividad de la Superintendencia Nacional de Salud en el control de las prácticas no autorizadas, no solo se acogió a las previsiones del Manual de Procedimientos de la entidad, como ya se dijo, sino que fue aún más garantista al decretar pruebas y permitir al vigilado la interposición de recursos.

De las normas anteriormente citadas se deriva que las órdenes de inmediato cumplimiento que puede dar el Superintendente Nacional de Salud a los vigilados para que suspendan prácticas ilegales o no autorizadas, y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento, no están sujetas al procedimiento administrativo sancionatorio, sino, como ocurre en el presente caso, al procedimiento mediante el cual se busca la suspensión de prácticas consideradas ilegales y se ordena que se adopten las correspondientes medidas correctivas, descrito en el Manual de Procesos y Procedimientos arriba citado.

En efecto, en el presente caso, la Superintendencia Nacional de Salud dictó una orden de inmediato cumplimiento, de conformidad con las disposiciones que señalan el destino de los recursos de la Seguridad Social en Salud y le atribuyen la competencia para imponerlas, como son la Ley 100 de 1993, y el Decreto 1018 de 2007.

Para cumplir esa función, antes de emitir las órdenes contenidas en la Resolución 00296 de 11 de febrero de 2010, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó una visita inspectiva por auto 2741 del 20 de marzo de 2009, dio traslado del informe preliminar de visita a Saludcoop EPS OC, el apoderado de la EPS recorrió traslado del informe preliminar, se decretaron pruebas, se resolvió el recurso contra el auto que las decretó, se practicaron las pruebas, se corrió nuevamente traslado a Saludcoop del informe y de la Inspección Administrativa, se entregó el informe final de la visita al Representante Legal de Saludcoop, cuyo apoderado solicitó una nulidad que no prosperó, de manera que Saludcoop EPS OC, tuvo la oportunidad de defenderse, presentar y pedir evidencias para controvertir los hallazgos consignados en los informes de visita, pruebas que fueron decretadas y evaluadas por el organismo de vigilancia y control, y que no se encontraron suficientes para desvirtuar los hallazgos de la visita de inspección y de las pruebas realizadas.

Encuentra la Sala que el Comité de Conciliación no demostró que dichas normas, u otras relacionadas con el tema, establezcan formas, trámites, requisitos o procedimientos especiales, diferentes a los consignados en el aparte de procedimientos relacionados con prácticas no autorizadas que se encuentra descrito en la Resolución 280 de 2008, para que el Superintendente dicte órdenes de inmediato cumplimiento encaminadas a que los vigilados suspendan prácticas ilegales o no autorizadas, y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento.
[...]

En este contexto, las órdenes expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud forman parte de las facultades con que cuenta para cumplir los objetivos que le han sido encomendados, entre los cuales están, según el artículo 3 del Decreto 1018 de 2007 y el artículo 37 de la Ley 1122 de 2007: (i) . Vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y promover el mejoramiento integral del mismo; (ii) Velar por la eficiencia en la generación, recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud y (iii) velar por la eficiencia, eficacia y efectividad en la generación, flujo, administración y aplicación de los recursos del sector salud.
[...]

La consecuencia inmediata de lo anterior es que, como las resoluciones se expidieron después de las actividades antes relacionadas, no puede afirmarse que con las órdenes impartidas se violó el derecho al debido proceso de la EPS, no solo porque la facultad para expedirlas estaba prevista en el ordenamiento jurídico, como ya se ha mencionado, sino también porque en ellas no se observa que la Superintendencia nacional de salud haya realizado una actuación oscura y clandestina, pues la entidad estatal llevó a cabo el proceso que se ha enunciado, en el cual no encuentra la Sala que se haya violado el debido proceso.

3.2.3. Precario fue también el alegato en torno a la supuesta errónea interpretación de la normatividad relacionada con la aplicación de los recursos parafiscales de la seguridad social, pues no observa la Sala que el Acta del Comité de Conciliación demuestre de manera fehaciente que tal circunstancia se haya presentado y, por el contrario, encuentra que la Superintendencia en su análisis parte de las normas legales y de la jurisprudencia generada en torno a los dineros de la salud, que hacen énfasis en que “los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social en Salud, llámense aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global del Sistema General de Seguridad Social en Salud” .

Las explicaciones que da el Comité de Conciliación para refutar los argumentos de las Resoluciones 00290 y 00983 de 2010, relacionados con que los recursos de la UPC, copagos y cuotas moderadoras son parafiscales y únicamente se pueden emplear para cumplir la finalidad de seguridad social para los afiliados, no son aceptables porque:

(i) El hecho de que las EPS puedan cumplir su objeto contratando los servicios de terceros o a través de su propia red, no significa que los recursos parafiscales puedan emplearse en asuntos no relacionados directamente con el objeto social de la EPS, esto es garantizar la prestación de los servicios de salud.

(ii) Si bien es cierto, como lo dice el Comité de Conciliación, que no existe una prohibición de ley o gubernamental para que las EPS presten los servicios de salud a través de las inversiones en activos fijos que tengan como finalidad la atención de sus afiliados, el argumento se refiere a la inversión en activos fijos pero no hace alusión a los recursos con los cuales se hace la inversión que es el punto que desarrollan las resoluciones materia de conciliación.

(iii) El hecho de que las Circulares 26 de 2006 y N° 49 de 2008 de la Superintendencia Nacional de Salud, donde se califica como práctica insegura e ilegal, la inversión en activos fijos con recursos de la UPC, y que las mismas se refieran a inversiones de manera amplia y genérica, no es razón suficiente para decidir, como lo hace el Comité de Conciliación, que lo procedente era inaplicarlas y, con base en ello, aprobar una conciliación.

3.2.4. Como se advirtió antes, debe existir respaldo probatorio suficiente que sustente la aprobación del acuerdo, toda vez que el juez debe llegar a la íntima convicción sobre la fundamentación jurídica del mismo, contando con los elementos de juicio suficientes que le permitan establecer que la conciliación en el caso concreto no es violatoria de la ley ni lesiva para el patrimonio público.

(...)

De lo anterior se deriva que el seguimiento que hubiere realizado la Superintendencia durante el período 2004-2008, sobre la sola base de los estados financieros a ella reportados, esto es, balance general y estado de resultados, no es argumento suficiente para dar lugar a una conciliación, pues ellos por sí solos no incluyen la información necesaria para demostrar que el uso que se haya hecho de los recursos parafiscales de la EPS se ajusten a sus finalidades legales y constitucionales o que las motivaciones de las Resoluciones objeto de conciliación no obedezcan a la realidad económica de la EPS, encontrada después de la visita inspectiva y de la realización de las pruebas decretadas en el procedimiento.

Adicionalmente, tal como lo señala la Superintendencia Nacional de Salud en la Resolución 00296 de 2010, y contrario a lo que afirma Saludcoop, no es mediante el seguimiento de cada especie monetaria recibida por la EPS sino mediante el análisis de flujos de efectivo y los cambios en la situación financiera, que se identifican los recursos consumidos por Saludcoop financiándose con la Unidad de Pago por Capitación y demás recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usos dados a aquellos recursos.

Es por ello que la Superintendencia en la etapa probatoria, realizó un análisis de la información proporcionada por la EPS abordando la información contable y financiera emitida por el contador de Saludcoop y por el revisor fiscal de la misma, quienes dan fe de la veracidad y realidad de los estados financieros y demás documentos contables que suscriben, y consideró suficiente emplear los métodos de auditoría normalmente aceptados sobre esos estados financieros para llegar a establecer, si se había presentado el desvío de recursos parafiscales a usos ajenos a su finalidad constitucional.

En esta materia las partes han debido demostrar –que no enunciar o esbozar– que ese método no permite cumplir los objetivos de las pruebas solicitadas por la EPS. Sin embargo, se observa en el proceso que ni el Comité de Conciliación ni la EPS lograron probar en forma fehaciente que otra hubiese sido la conclusión posible de haberse realizado un examen papel por papel como lo había pedido Saludcoop.

No sobra advertir que el informe de KPMG que Saludcoop aporta para demostrar que no destinó recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud a fines ajenos a su cometido constitucional no puede considerarse como prueba en tanto no resuelve el asunto, pues en él se aclara que (i) "no es objeto de nuestro trabajo valorar o cuestionar cual debe ser el destino de las utilidades generadas, o si estas pueden dedicarse a la compra de inversiones. Entendemos que son aspectos legales sobre los que no nos pronunciamos, nuestro pronunciamiento incluye entre otras cosas, un análisis de las utilidades y de los excedentes de caja generados por Saludcoop bajo una perspectiva económica, financiera y contable" y (ii) que el mismo "no tiene como objetivo entrar a cuestionar, o establecer juicios de valor sobre: Qué importes o conceptos son disponibles por una EPS [Saludcoop] para invertir", o "Qué importes o conceptos una EPS [Saludcoop] puede invertir".

Lo anterior indica que en el citado informe se omitió el análisis de las normas constitucionales, legales y reglamentarias que, como lo dijo la Sección Primera de esta Corporación en providencia del 11 de octubre de 2007, Exp. No. 2003-00435-01, M. P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón, han sido dictadas para proteger los recursos de la salud y "son claras en señalar que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud pertenecen al sistema y no a los entes que por disposición legal los administran, luego mal podrían entrar en su liquidación como si fueran de su propiedad...". Esto quiere decir que no procedía la valoración del informe mencionado en cuanto no toma en cuenta la naturaleza parafiscal de los recursos de la EPS, ni la característica esencial de esos recursos, cuál es su destinación exclusiva a organizar y garantizar la prestación de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud, pues, como lo señaló la Corte Constitucional, "Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter parafiscal".

Tampoco lograron las partes desvirtuar el análisis del Tribunal donde concluye que las pruebas decretadas y efectivamente realizadas se ajustaron a las exigencias del debido proceso pues se mantuvo incólume el objeto de la prueba pedida, ni el Comité de Conciliación muestra empeño alguno en demostrar la supuesta ineficacia de las evidencias que sirvieron de base a las Resoluciones objeto de conciliación, toda vez que no se hacen las confrontaciones concretas entre lo que objetivamente dicen los medios persuasivos empleados por la Superintendencia en las citadas resoluciones y la conclusión que de éstos dedujo el fallador.

De igual manera, no se desvirtúa que se hayan destinado a otros fines recursos parafiscales ni que la medida adoptada suponga la imposición de un deber antes inexistente, pues como lo señala la Resolución 983 de 2010 existía la obligación para Saludcoop de respetar el destino de los recursos parafiscales que administra de acuerdo con los criterios que se fijan desde la perspectiva legal y jurisprudencial.

(...)

En consecuencia, para la Sala no se demostró por el Comité de Conciliación "que se aplicaron normas de carácter general para el análisis, sin profundizar en la naturaleza jurídica del vigilado", pues por el contrario si se estableció que los excedentes fueron invertidos conforme decisiones de la Asamblea y sobre ellos la Superintendencia no se pronunció.

En este orden de ideas, los actos administrativos que se acordó revocar por vía de conciliación, parten de presupuestos jurídicos, que la Sala no considera que evidencien prima facie y de manera ostensible la contrariedad de dichos actos con la Constitución o la Ley ni la violación del debido proceso, por lo cual la ocurrencia de la causal de revocatoria directa contenida en el numeral primero del artículo 69 del C. C. A., que las partes invocan como sustento del acuerdo conciliatorio, no se observa en el caso concreto, máxime si se tiene en cuenta que las partes no demostraron que las decisiones objeto de la conciliación no estuvieron respaldadas por preceptos legales e interpretaciones jurisprudenciales aplicables al caso.

Sentadas estas premisas es evidente que aprobar un acuerdo logrado en estas condiciones, en las cuales no se cuenta con un respaldo probatorio que brinde certeza sobre la violación del debido proceso por la Superintendencia Nacional de Salud resultaría, como lo señala la Contraloría General de la República en su intervención, no solo violatorio de la ley, sino también lesivo para el patrimonio público, lo cual impone confirmar la decisión apelada.

La decisión aquí adoptada no implica que la Sala desconozca la importancia y utilidad de la conciliación como mecanismo de solución de conflictos tanto entre los particulares como entre éstos y la administración, cuyas bondades ha resumido la Corte Constitucional señalando que: (i) garantiza el acceso a la justicia; (ii) promueve la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimula la convivencia pacífica; (iv) facilita la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas y, (v) descongestiona los despachos judiciales.

Sin embargo, tratándose del patrimonio e interés públicos, no es posible omitir la exigencia de certeza del derecho reclamado, situación que no se presenta en el presente caso, comoquiera que el material probatorio no acredita en forma fehaciente que la Superintendencia de Salud haya violado el debido proceso, derecho este que constituye el corazón de la conciliación que se analiza en el sub lite."

FUENTES: Ley 23 de 1991; Ley 446 de 1998; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 26 de mayo de 2011, Rad.: 2011-00320-00, C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 11 de octubre de 2007, Rad.: 2003-00435-01, C.P.: Martha Sofía Sanz Tobón; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de marzo de 2005, Rad.: 27921, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

DECISIÓN:

"CONFÍRMASE el auto recurrido."

4. ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"1.1. La Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop EPS OC - Saludcoop (en adelante Saludcoop) es una persona jurídica de la naturaleza de las cooperativas, constituida en el año 1994.

En el año 2009 Saludcoop recibió una visita de funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud, en desarrollo de sus funciones de inspección, vigilancia y control, ordenada mediante auto 2741 del 20 de marzo de 2009, en la cual se revisaron las inversiones permanentes, su procedencia y las fuentes de los recursos utilizados para las mismas.

Mediante Oficio No. 0400-2-000480978 del 18 de junio de 2009, la Superintendencia Nacional de Salud dio traslado a Saludcoop del Informe Preliminar resultado de la visita de inspección referida.

Saludcoop mediante escrito del 7 de julio de 2009 dio respuesta a las observaciones del Informe Preliminar de la Superintendencia Nacional de Salud, advirtió de la gravedad de las imputaciones y de la violación al debido proceso. También aportó pruebas y solicitó otras con el propósito de demostrar el destino de los recursos pertenecientes a la Unidad de Pago por Capitación (en adelante UPC) dentro de los años 2004 a 2008.

Mediante Auto 08021 del 3 de agosto de 2009, la Superintendencia resolvió la solicitud de pruebas negando la práctica de la solicitada y limitando la inspección ocular y documentaria, a una prueba de auditoría sin que se decretara la práctica de la misma en la forma solicitada.

Saludcoop interpuso recurso de reposición contra el auto de pruebas, insistiendo para que se decretara y practicara la prueba tal y como había sido solicitada, toda vez que, según su criterio, con la prueba de oficio decretada por la Superintendencia no podría comprobarse con certeza el destino de los recursos de la UPC. La Superintendencia resolvió el recurso confirmando su posición.

La Superintendencia Nacional de Salud procedió a proferir la Resolución 00296 del 11 de febrero de 2010, en la que se ordena a Saludcoop:

-Restituir a la liquidez de la EPS los recursos utilizados en la adquisición de activos y otras operaciones glosadas durante el periodo 2004- 2008 la suma de \$286.895.1 millones que a precios de 2008 equivalen a \$318.250 millones.

-Atender con sus propios recursos los pagos que por amortizaciones, intereses y otros costos implique la restitución de la financiación externa que por \$308.958 millones obtuvo la EPS para el financiamiento de las operaciones mencionadas.

-Abstenerse, en lo sucesivo, de consumir (sic) la liquidez generada por cualquier operación contable con los ingresos de UPC (unidad por capitación), aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones u otros definidos como parafiscales provenientes de sus usuarios, para ser utilizados en infraestructura, inversiones, préstamos, donaciones, servicio de la deuda y, en general, en cualquier uso distinto a los costos y gastos producto de la prestación de servicios de salud a la población afiliada.

-Desmontar las operaciones de préstamo, donación, leasing e inversión glosadas si son financiadas con los ingresos derivados de UPC (unidad por capitación), aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones u otros definidos como parafiscales.

Se concedió un término de ocho meses para el cumplimiento de unas órdenes; se dispuso que otras serían de cumplimiento inmediato; y se advirtió que el incumplimiento de las órdenes aludidas sería causal de intervención de la EPS por parte de la Superintendencia Nacional de Salud de conformidad con lo establecido en los Decretos 1015 de 2002, 3023 de 2002, 506 de 2005 y 126 de 2010 y demás normas concordantes.

Mediante Resolución 000983 de 21 de junio de 2010, expedida por el Superintendente Nacional de Salud, se resolvió el recurso de reposición interpuesto frente a la resolución anterior en el sentido de confirmar las órdenes impartidas salvo en cuanto extendió de 8 meses a 2 años el cumplimiento de las órdenes respecto de las cuales se fijó un plazo. El Procurador Sexto Judicial II Administrativo remitió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el acta contentiva de la conciliación celebrada entre Saludcoop EPS y de la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de la cual se acordó revocar las Resoluciones Nos. 00296 de 11 de febrero de 2010

"Por la cual se imparten a la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop EPS OC órdenes para que suspendan prácticas ilegales o no autorizadas y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento" y 000983 del 21 de junio de 2010 "Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop EPS OC contra la Resolución 296 de 2010" y Saludcoop EPS renuncia a cualquier reclamación de tipo patrimonial, económico y de responsabilidad frente a la Superintendencia Nacional de Salud y a los funcionarios que estuviesen o estuvieron vinculados a ésta, así como a iniciar cualquier tipo de procesos contra el Estado o los funcionarios que hayan intervenido y específicamente a la suma mínima de seiscientos cincuenta mil millones de pesos (\$650.000.000.000), a los daños y perjuicios, apalancamientos de servicios de la deuda, intereses y demás ítems a que se refiere el escrito de solicitud de conciliación en la página 86, así como a aquellos no relacionados en el citado escrito".

DECISIÓN:

"Mediante proveído de 19 de mayo de 2011, el a quo improbió la conciliación prejudicial suscrita entre las partes luego de verificar el cumplimiento de los requisitos procedimentales previstos en los artículos 43, 65 y 66 de la Ley 640 de 2001 ; 70 y 71 y capítulo II de la Ley 446 de 1998; 56 del decreto 1818 de 1998 ; y 2 del decreto 1716 de 2009 esto es, que: (i) El acuerdo conciliatorio esté encaminado a la satisfacción del interés general, (ii) el asunto sea susceptible de conciliación, es decir, no son objeto de conciliación los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario, los que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y respecto de los cuales haya operado el fenómeno de la caducidad; (iii) el acuerdo no sea violatorio de la ley, aspecto que se analizará más adelante al ocuparse la presente providencia sobre el fondo del asunto; y (iv) El acuerdo no sea lesivo para el patrimonio público, aspecto que se analizará más adelante al ocuparse la presente providencia sobre el fondo del asunto.

El Tribunal, desestimó los tres argumentos fundamentales que sirvieron de base para considerar, por parte del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, que debía lograrse un arreglo amistoso con Saludcoop por las razones que se exponen a continuación.

De acuerdo con las razones expresadas se improbará la conciliación extrajudicial a la que llegaron las partes, la Nación- Superintendencia Nacional de Salud y la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop, consignado en el acta No. 001 de 4 de febrero de 2011 por cuanto al expedir los actos objeto de conciliación la Superintendencia Nacional de Salud:

(i) Aplicó, como correspondía, un procedimiento de naturaleza correctiva y no punitiva; la determinación tomada en los actos objeto de conciliación corresponde a la naturaleza correctiva del procedimiento; y en las distintas etapas de la actuación se garantizó el debido proceso administrativo a Saludcoop;

(ii) Se ajustó a derecho la interpretación realizada en el sentido de que los recursos de la UPC no pueden ser destinados a inversiones de la EPS; y quedó suficientemente acreditado en el expediente administrativo que eso fue lo que ocurrió con Saludcoop , esto es, que utilizó dineros parafiscales, provenientes de la UPC, para realizar inversiones, circunstancia que justifica suficientemente la medida adoptada en los actos objeto de conciliación consistente en ordenarle restituir "a la liquidez de la EPS los recursos utilizados en la adquisición de activos y otras operaciones glosadas".

(iii) Respetó el debido proceso en la medida en que la sustitución del medio de prueba "inspección ocular con presencia de perito contador" por el de "inspección administrativa con participación de funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud" cumplió con el mismo cometido fijado por el medio probatorio que en su momento solicitó Saludcoop;

(iv) De acuerdo con lo anterior el acuerdo conciliatorio de que se trata no consulta el interés público, desconoce la ley aplicable y de llegar a aprobarse lesionaría el patrimonio público."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

Ficha
No. 3

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Tutela	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ)	FECHA: 31/07/12
PONENTE: María Elizabeth García González		ACTOR: Nery Germania Álvarez Bello	
DEMANDADO: Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería y la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: Debido proceso y acceso a la administración de justicia.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 59 de la Ley 23 de 1991; artículo 70 de la Ley 446 de 1998; Ley 640 de 2001; artículo 13 de la Ley 1285 de 2009; Decreto 2158 de 1948; Decreto 4133 de 1948; artículo 6 Decreto 2511 de 1998; y Decreto 1716 de 2009.

TEMA PRINCIPAL: Conciliación prejudicial en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho: no es requisito de procedibilidad para reajuste de pensión de jubilación. Derechos ciertos. Principio de irrenunciabilidad.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Evolución jurisprudencial de la acción de tutela contra providencias judiciales en la Corte Constitucional. Evolución de la acción de tutela contra providencias judiciales en el Consejo de Estado.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La actora, además de reiterar los argumentos expuestos en la solicitud de tutela, insiste en que el fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado, desconoció que la acción constitucional bajo examen está encaminada a proteger su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, de manera que al rechazarla está incurriendo en la vulneración del citado derecho.

Sostuvo que la acción de tutela ejercida tiene fundamento legal y debe ser decidida a su favor, apoyando su petición en jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"La actora en el proceso de la referencia plantea la vulneración de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, como consecuencia del rechazo de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por ella instaurada, al no haber agotado la etapa de conciliación extrajudicial.

(...)

Se observa entonces que en el caso que dio lugar a la sentencia transcrita, la Sección Segunda -Subsección "A"- sostiene que es exigible la conciliación judicial y extrajudicial, en materia contencioso-administrativa, como requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1716 de 2009, esto es, el 14 de mayo del mismo año, mediante el cual se reglamentó el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, so pena de quebrantar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

(...)

Por su parte, la Sección Primera ha indicado, que la Ley 1285 de 2009 es aplicable desde el 22 de enero de 2009, fecha de su promulgación; y que, a partir de ese momento, la conciliación extrajudicial, conforme al artículo 13, es requisito de procedibilidad para demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de las acciones allí consagradas, siempre que el asunto a tratar sea conciliable.

(...)

En efecto, la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos fue introducida en nuestra legislación desde el Decreto núm. 2158 de 1948, adoptado como legislación permanente mediante el Decreto núm. 4133 de 1948, por el cual se expidió el Código Sustantivo del Trabajo, encontrando un nuevo impulso a partir de la reforma del Código de Procedimiento Civil, efectuada mediante Decreto Ley núm. 2282 de 1989.

Con la expedición de la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001, se extendió a los procesos contencioso administrativos para los conflictos de carácter particular y de contenido económico, es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C. C. A.

En dicha Ley, se previó que la conciliación en asuntos contenciosos administrativos, podría ser prejudicial. Para tal fin, no constituía un requisito de procedibilidad de la acción.

(...)

En ese momento, la conciliación en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho era posible de forma judicial o prejudicial, pero en ningún momento, constituía un requisito de procedibilidad de la acción; y sólo era viable para los asuntos de carácter particular y de contenido económico, pero nunca en asuntos de carácter tributario, según se infiere del texto transcrito.

A través del Decreto núm. 2511 de 10 de diciembre de 1998, se reglamentó "la conciliación extrajudicial contencioso administrativa y en materia laboral previstas en la Parte III, Título I, capítulos 1, 2 y 3, Secciones 1, 2 y 3 de la Ley 446 de 1998, y en los artículos 19, 21 y 22 del Código Procesal del Trabajo", el que empezó a regir el 15 de diciembre de 1998. En su artículo 1° indicó el campo de aplicación, en el 2° los asuntos susceptibles de conciliación, en el 3° el término de caducidad, en el 6° ante quién debía presentarse la solicitud de conciliación extrajudicial y los requisitos que debía contener esta y en las disposiciones subsiguientes, esto es, de los artículos 7 a 14, señaló el trámite a seguir en la audiencia de conciliación, oportunidad para aportar pruebas, la suspensión y culminación de esta, etc.

Con la entrada en vigencia del artículo 37 de la Ley 640 de 2001, publicada en el Diario Oficial núm. 44.303 de 24 de enero de 2001, en cumplimiento del Decreto 131 de 2001 y según la corrección que le hizo el artículo 2 de éste, fue que se dispuso la conciliación como requisito de procedibilidad en algunas acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo.

De tal forma, que fue con la expedición de la Ley 1285 de 22 de enero de 2009, "Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia", que se estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuyo artículo 28 dispuso que dicha exigencia regía a partir de su promulgación y de ello se sigue que surte efectos inmediatos, pues, según lo dispone el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, las normas procesales son de orden público y, por ende, de aplicación inmediata y obligatorio cumplimiento.

(...)

Es preciso resaltar que cuando entró a regir la Ley 1285 de 2009, esto es, el 22 de enero de ese año, aún estaba vigente el Decreto 2511 de 10 de diciembre de 1998, el que, como ya se anotó, reguló el procedimiento para la conciliación extrajudicial, en sus artículos 1° a 14, señalando en el artículo 6° los requisitos que debía contener la petición de conciliación extrajudicial.

(...)

No puede perder de vista la Sala que el Decreto núm. 1716 de 14 de mayo de 2009, "por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009...", derogó los artículos 1° a 14 del Decreto núm. 2511 de 1998 y el Decreto Reglamentario 1214 de 2000, y precisó los lineamientos a seguir para dar cumplimiento al requisito de conciliación extrajudicial exigido por la nueva norma. De tal manera que si bien es cierto que existía un procedimiento anterior para el trámite de la conciliación extrajudicial y que al mismo bien podían acudir los interesados antes de la expedición del Decreto, no lo es menos que éste, dada su característica de reglamentario, reguló en detalle la materia haciendo explícito lo que estaba implícito en la Ley 1285 de 2009, y está amparado por la presunción de legalidad inherente a los actos administrativos.

(...)

Así pues, tanto la interpretación que hace la Sección Segunda, como la de la Sección Primera, no resulta arbitraria o caprichosa. Empero, estando de por medio derechos de carácter laboral, que algunos tienen la condición de irrenunciables e indiscutibles y otros de inciertos y discutibles, en cada caso en particular debe analizarse el pluricitado requisito de procedibilidad, pues el mismo no siempre resulta obligatorio.

De otra parte, cuando como en este caso existen dos interpretaciones igualmente válidas debe privilegiarse la que garantice de mejor manera el acceso a la administración de justicia.

(...)

Conforme quedó reseñado anteriormente, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Nery Germania Alvarez Bello solicitó la nulidad parcial de la Resolución núm. 7156 de 14 de mayo de 2008 y del auto núm. 00038 de 18 de diciembre de 2008, por medio de los cuales el Instituto de Seguros Sociales, reconoció una pensión de vejez y resolvió la solicitud de reliquidación de la misma.

(...)

De tal manera que bien puede afirmarse que en este caso, en principio, no era exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción instaurada, atendiendo el principio de irrenunciabilidad consagrado en el artículo 53 Constitucional.

Así las cosas, la Sala Plena revocará el fallo de primera instancia, en cuanto denegó la acción de tutela instaurada, para disponer, en su lugar, el amparo de los derechos invocados por la actora en su solicitud, debiendo ordenar al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería, que provea sobre la admisión de la demanda."

FUENTES: Artículo 59 de la Ley 23 de 1991, artículo 70 de la Ley 446 de 1998; Ley 640 de 2001, Artículo 13 de la Ley 1285 de 2009; Decreto 2158 de 1948, Decreto 4133 de 1948; artículo 6 Decreto 2511 de 1998; Decreto 1716 de 2009.

DECISIÓN:

"DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia."

4. ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"1.2.- Las violaciones antes enunciadas las infiere la actora, en síntesis, de los siguientes hechos:

Manifestó que ante el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS), con el objeto de que se efectuara la reliquidación de su pensión.

Adujo que mediante auto de 18 de mayo de 2009, el citado Despacho Judicial, rechazó la demanda "*por no haber agotado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.*"

Señaló que interpuso y sustentó el recurso de apelación contra el citado auto, ante el Tribunal Administrativo de Córdoba.

(...)

Concluyó que en su caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se interpuso el día 21 de abril de 2009, antes de la expedición del Decreto Reglamentario 1716 de 2009, por lo que no era necesario el agotamiento del trámite de la conciliación extrajudicial, razones que no compartió el Tribunal Administrativo de Córdoba, que mediante auto de 13 de agosto de 2009 confirmó la providencia apelada."

"La ciudadana Nery Germania Álvarez Bello, obrando a través de apoderado, interpuso acción de tutela contra el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería y la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, al proferir, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS), radicado bajo el núm. 2009-00104, los autos de 18 de mayo y 13 de agosto de 2009, mediante los cuales se rechazó la demanda, *"por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial"*.

DECISIÓN:

"La Sección Quinta del Consejo de Estado rechazó por improcedente la acción de tutela."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO O ACLARACIÓN DE VOTO: Stella Conto Díaz del Castillo; Danilo Rojas Betancourth; Alberto Yepes Barreiro; María Claudia Rojas Lasso; Bertha Lucía Ramírez de Páez.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-25-000-2005-00012-00(IJ)	FECHA: 11/12/12
PONENTE: Gerardo Arenas Monsalve		ACTOR: Fernando Londoño Hoyos	
DEMANDADO: Procuraduría General de La Nación			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
-----------	-----------	----------

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se negaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Numeral 1 del artículo 48 y artículo 69 del Código Disciplinario Único

TEMA PRINCIPAL: Responsabilidad disciplinaria: destitución e inhabilidad general. Falsa motivación como vicio de nulidad de un acto administrativo. Actos administrativos disciplinarios: control de legalidad.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho: caducidad de la acción.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Violación del derecho al debido proceso constitucional en el proceso sancionatorio disciplinario.
(...)

Las prerrogativas anteriormente indicadas no le fueron garantizadas en el proceso sancionatorio, pues la Procuraduría General de la Nación no estaba facultada legalmente para juzgarlo por los delitos de calumnia e injuria y que adicionalmente no tuvo derecho a una segunda instancia en la que se revisara la legalidad de la sanción.

(...)

Segundo cargo.- Falsa motivación

(...)

Tercer cargo.- Violación a la libertad de cátedra. La autenticidad documental del informe de inteligencia militar."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Si bien la pretensión en la demanda no es expresa en el sentido de solicitar la declaratoria de nulidad del acto impugnado y, en su lugar, pide que se revoque el acto y se deje sin efecto, ello no configura un vicio sustancial de la demanda que inhiba a la Sala para emitir un pronunciamiento de fondo dentro del presente proceso.

(...)

Por lo anterior, no prospera la excepción.

(...)

En el presente caso, de acuerdo con la posición mayoritaria de la Sala Plena de esta Corporación, resulta procedente la aplicación de la teoría de los móviles y finalidades con la adición del criterio de la "Pretensión Litigiosa", en tanto, según lo ha definido la jurisprudencia *"si de conformidad con las pretensiones del demandante, o del fallo de nulidad que eventualmente se produjera, se genera un restablecimiento del derecho a favor de aquel o de un tercero, la acción procedente no sería la de nulidad sino la de nulidad y restablecimiento del derecho"*.

Bajo esta línea conceptual, la Sala retoma la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación para reiterar la inviabilidad de extender a esta jurisdicción el debate probatorio de la instancia disciplinaria, así como la imposibilidad de anular el acto administrativo disciplinario frente a mínimos defectos del trámite procesal. Por el contrario, como también lo ha precisado la Sección Segunda, si se omitieron en el proceso disciplinario el cumplimiento de las normas que garantizan el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción, tales deficiencias inciden en la validez y legalidad de la providencia sancionatoria y deben llevar a declarar su nulidad.

(...)

Para la Sala, el acto administrativo sancionatorio fue expedido por el Procurador General de la Nación en ejercicio de su competencia, de manera autónoma y sin condicionamiento distinto a la verificación de los supuestos previstos en el artículo 48 numeral 1 del CDU.

Conforme a la citada norma legal constituye falta disciplinaria "gravísima", "Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función a cargo, o abusando del mismo.

Del texto de la norma se desprende que, constituye falta gravísima, que al tenor del artículo 44 *ibídem*, da lugar a la sanción de destitución, incurrir en la conducta descrita bajo los siguientes supuestos:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito.
2. Que esa descripción típica consagrada en la ley sea sancionable como delito a título de dolo.
3. Que la conducta descrita se cometa: i) en razón, ii) con ocasión, o iii) como consecuencia de la función o cargo, o iv) abusando del mismo.

De acuerdo con la descripción inequívoca de la falta, la aplicación de la norma disciplinaria que da lugar a la imposición de la máxima sanción, no depende de la valoración previa de un juez penal respecto de la responsabilidad que se impute al investigado. La conducta allí descrita realizada por un sujeto disciplinable da lugar a la imposición, de manera autónoma, de la sanción disciplinaria, independientemente de la penal.

(...)

Luego entonces, no le asiste razón al actor al señalar que la entidad demandada desconoció su derecho al debido proceso al haberle impuesto la sanción de destitución con fundamento en lo previsto en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, sin que mediara sentencia penal condenatoria que lo declarara responsable de los delitos de injuria y calumnia.

(...)

En este orden de ideas, con la aplicación del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, no se transgrede el principio non bis in ídem, pues como ya se ha expresado en esta providencia con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia constitucional, a través de la acción disciplinaria como modalidad de la potestad punitiva del Estado, se juzga el comportamiento de sus destinatarios frente a normas administrativas de naturaleza ética destinadas a garantizar la eficiencia, eficacia y moralidad en la función pública. Lo que en nada se opone para que esta acción concorra con la acción penal que también emana de la potestad punitiva del Estado, pero a través de ella se sanciona y reprime la comisión de hechos punibles, con lo cual se protegen bienes sociales más amplios.

(...)

De modo que, el principio de la doble instancia consagrado en el artículo 31 constitucional, se ha dicho, no reviste un carácter absoluto, pues no hace parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, ya que la procedencia de la apelación puede ser determinada por el legislador teniendo en cuenta aspectos como la naturaleza del proceso, la providencia y la calidad o el monto del agravio referido a la respectiva parte. Es así como, dentro de la libertad de configuración legislativa, el legislador puede consagrar excepciones a la doble instancia.

Ciertamente se trató de un proceso de única instancia en el que no se violó el debido proceso y en el que el sujeto disciplinado gozó de las plenas garantías para el adecuado ejercicio de su derecho de contradicción y defensa, que culminó con una decisión administrativa respecto de la cual se instauró la acción judicialmente prevista para controvertir su legalidad.

(...)

Según quedó visto en la actuación administrativa disciplinaria, la Procuraduría General de la Nación observó con estricto rigor el procedimiento establecido en la ley, sin menoscabo de los derechos que le asistían al disciplinado, y con observancia de las garantías constitucionales establecidas para esta clase de actuaciones. Es así como recaudada la prueba, se formuló pliego de cargos en los términos previsto en los artículos 161 y s.s. del CDU. Y, de ninguna manera el juez disciplinario desbordó los límites que la misma ley le impone, y adelantó una investigación disciplinaria por hechos distintos de aquellos respecto de los cuales se pronunció el juez de tutela con ocasión de lo registrado en los distintos medios de comunicación y que coincidía con el relato del escrito radicado en la entidad el 7 de noviembre de 2002.

(...)

Adicionalmente, observa la Sala que los argumentos contenidos en los numerales 4 y 5, no corresponden a un estudio de la falsa motivación del acto demandado, en tanto no enjuician la motivación del acto administrativo sino que constituyen críticas del actor frente a la labor de la Procuraduría General de la Nación como ente de control disciplinario de la función pública.

(...)

De otro lado, respecto de la supuesta incorrecta calificación de la falta que alega la parte actora, resalta la Sala que este punto ya fue desatado en el desarrollo del primer cargo, en el numeral 14, en donde en síntesis se adujo que el criterio de interpretación y aplicación normativa por parte de la Procuraduría General de la Nación, se ajustó al ordenamiento jurídico. La sanción de destitución se impuso sin menoscabo del derecho al debido proceso, luego de hallar plenamente acreditadas: la comisión de la falta gravísima (art. 481 CDU), la ilicitud sustancial de la conducta, y la responsabilidad subjetiva del actor con pruebas legalmente practicadas, y debidamente valoradas. La libertad de cátedra como manifestación de la libertad de expresión del ex Ministro Londoño en un foro académico, no tiene el carácter de derecho absoluto, sino que tiene límites connaturales a su ejercicio. Así, aunque en el fundamento del cargo se pretenda que la actividad docente autorizaba al actor para realizar cualquier tipo de afirmaciones contra otro servidor público, la Sala estima que el accionante desconoció los límites constitucionales y legales que estaba obligado a observar, en particular el respeto por los derechos al buen nombre y a la honra del Juez Suárez Vacca, con ocasión de cuyo desconocimiento la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en fallo de segunda instancia tuteló los derechos vulnerados al Juez en comento.

(...)

A modo de conclusión es claro para la Sala que no basta con la afirmación del actor sobre la presunta desviación de poder de la entidad demandada al sancionarlo disciplinariamente, sino que el demandante tenía la carga de desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo, mediante la utilización de los medios probatorios que la ley le confiere, para así aportar al proceso los elementos de convicción inequívocos de que la administración buscaba un fin diferente al aseguramiento de *"la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo"*.

FUENTES: Numeral 1 del artículo 48 y artículo 69 del Código Disciplinario Único

DECISIÓN: "DECLÁRANSE no probadas las excepciones propuestas por la Nación – Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DENÍEGANSE las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia."

4. ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Fernando Londoño Hoyos, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C. C. A., solicita la nulidad del fallo disciplinario contenido en el acto administrativo de fecha 13 de septiembre de 2004, proferido por la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual el accionante fue declarado disciplinariamente responsable y, en consecuencia, sancionado con destitución e inhabilidad general por el término de doce (12) años para el ejercicio de cargos públicos.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicita la "revocatoria" de la decisión, para dejarla sin efectos (fl. 54).

La parte actora fundamenta la anterior solicitud en los siguientes hechos:

Refiere el demandante que los hermanos Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela dirigían el "*Cartel de Cali*", organización criminal que tenía por objeto "exportar" cocaína en grandes cantidades a Estados Unidos, actividad de la cual, según se dice en la demanda, se convirtieron en dos de los hombres más ricos del mundo (fl. 57).

Manifiesta que en su calidad de Ministro del Interior y de Justicia, y bajo las directrices del Presidente Álvaro Uribe Vélez, la lucha contra el narcotráfico se convirtió en uno de los puntos centrales del proyecto de seguridad democrática. Por lo que él adoptó, entre otras, las siguientes medidas:

- Trasladó a los hermanos Rodríguez Orejuela de la Cárcel de Palmira a la Cárcel de Cúcuta, en donde se sometieron a un verdadero régimen de penitenciaría.
- Obtuvo la aprobación por parte del Congreso de la República de la nueva ley de extinción de dominio.
- Logró que la Dirección Nacional de Estupeficientes, en aplicación de la Ley 793 de 2002, persiguiera todos los bienes de la familia Rodríguez Orejuela.
- Adelantó conversaciones con el gobierno de los Estados Unidos para obtener la agilización del trámite de extradición de los mencionados narcotraficantes".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Víctor Hernando Alvarado Ardila; Hugo Bastidas Bárcenas; Martha Teresa Briceño de Valencia; Stella Conto Díaz del Castillo; María Elizabeth García González; Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; María Claudia Rojas Lasso; Mauricio Torres Cuervo; Alfonso Vargas Rincón.

Ficha
No. 5

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad electoral	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ)	FECHA: 16/04/13
PONENTE: Susana Buitrago Valencia		ACTOR: María del Pilar Díaz Suárez y otros	
DEMANDADO: Fiscal General de la Nación			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se negaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículos 125 y 249 de la Constitución Política; artículos 223 y 227 del C. C. A.; artículo 9° de la Ley 938 de 2004.

TEMA PRINCIPAL: Periodo institucional del Fiscal General de la Nación.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Adición o rectificación de los actos administrativos de elección y de confirmación del Fiscal General de la Nación expedidos por la Corte Suprema de Justicia.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

[...] "Alega que el acto acusado, que es de naturaleza compleja (elección y confirmación), omite precisar el período del cargo del elegido, pues afirma que la elección es "por el período legal y constitucional que corresponda."

Que, por lo tanto, a fin de evitar una equivocada interpretación que pretenda tener elegido al Fiscal General para un período de cuatro años, contrariando los antecedentes jurídicos que sobre la materia existen, y que consideraron que el período es institucional, así como también para evitar que se contrarie la disposición constitucional que regula el tema, debe declararse parcialmente nulo dicho acto, con el propósito de que el juez contencioso administrativo determine qué parte del período institucional que ya está en curso, le corresponde al doctor Montealegre."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Entonces, no es jurídicamente admisible elegir a un servidor público cuyo cargo es de período fijo sin establecer, en concreto, la duración de éste, y la forma de contabilizarlo, cuando quiera que para el efecto el cuerpo elector recurre a la Constitución y a la ley, siendo que las disposiciones en tal sentido no son univocas. En este especial evento el acto administrativo electoral adolece de contenido preciso en cuanto al plazo por el que concede potestades públicas a quien elige.

En conclusión, para esta Sala resulta jurídicamente viable ejercer el contencioso electoral para situaciones como la que en esta oportunidad los demandantes someten a consideración.

[...]

Ahora bien, en las gacetas no aparece ningún registro que permita a la Sala inferir que durante la exposición de motivos de las ponencias o en los debates existiera discusión en relación con la cualificación del período del Fiscal General. Únicamente se registra que sin calificarlo como institucional o individual, simplemente se consideró que 4 años era el plazo o término que debía cumplir el elegido en propiedad como titular de la dirección de esa institución, y sin que el mismo fuera coincidente con el del Presidente de la República.

[...]

El artículo 249 de la Carta Política es perentorio en establecer que el Fiscal General de la Nación se elige para un período de 4 años. El mandato Superior impone que no es jurídicamente posible que cuando se ejerce la facultad nominadora para proveer el cargo de su titular en propiedad, la elección se haga por un período con duración diferente a 4 años contados desde la posesión.

En la sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996 ya la Corte Constitucional determinó, al realizar el estudio previo de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que era inexecutable el inciso que se encontraba consagrado en el original artículo 29 de ese proyecto, con el siguiente tenor: *"En caso de falta absoluta del Fiscal antes de la terminación del período, quien sea designado en su remplazo lo será para terminar el período."*

[...]

La independencia y la autonomía como atributos sine-qua-non de la actividad judicial, que es servicio público permanente, exigen que el Fiscal General de la Nación, perteneciente funcionalmente a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, cuando se elige en propiedad, inicie como titular su período de 4 años a partir de la posesión. Esto asegura que desarrolle la política institucional que proyectó para esta duración.

[...]

Estos razonamientos imponen que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declare que la expresión *"por el período constitucional y legal que le corresponda"*, contenida en el acta de 22 de marzo de 2012, donde consta la elección que cumplió la Corte Suprema de Justicia, está ajustada a derecho, en el entendido que el período del Fiscal General de la Nación doctor Eduardo Montealegre Lynett, elegido en propiedad, es de 4 años contados a partir de su posesión. Con esta precisión se adiciona el acta electoral, acorde con lo antes explicado".

FUENTES: Artículos 125 y 249 de la Constitución Política; artículos 223 y 227 del C. C. A.; artículo 9° de la Ley 938 de 2004.

DECISIÓN:

"PRIMERO: DECLARAR INFUNDADOS los impedimentos que para participar en la decisión de este proceso (acumulado), manifestaron los Consejeros de Estado doctores Olga M. Valle de la Hoz y Mauricio Fajardo Gómez, y FUNDADO el impedimento que presentó el Consejero de Estado doctor Marco Antonio Velilla Moreno.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de *ausencia de causa petendi* que en los procesos Nos. 2012-00019 y 2012-00021 propuso la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

TERCERO: DECLARAR AJUSTADA A DERECHO la expresión "*por el período constitucional y legal que le corresponda*", que contiene el acta de la sesión del 22 de marzo de 2012 de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que el período por el cual eligió en propiedad como Fiscal General de la Nación al doctor Eduardo Montealegre Lynett, es de 4 años que se cuentan a partir de su posesión. Este señalamiento adiciona con tal precisión, el acta electoral. Todo ello de conformidad con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NEGAR las súplicas de las demandas 2012-00027 y 2012-00028.

QUINTO: ACEPTAR la renuncia del doctor Marco Antonio Gnecco Vieda como apoderado judicial de la Corte Suprema de Justicia - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en el proceso 2012-00021."

4. ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Se presentaron en total 4 demandas, todas dirigidas a solicitar la nulidad parcial de los actos administrativos de elección y de confirmación del doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación, expedidos por la Corte Suprema de Justicia en los días 22 y 26 de marzo de 2012, respectivamente".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Gerardo Arenas Monsalve; Stella Conto Díaz Del Castillo; Mauricio Fajardo Gómez; Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; Danilo Rojas Betancourth; Jaime O. Santofimio Gamboa; Mauricio Torres Cuervo; Guillermo Vargas Ayala y Alberto Yepes Barreiro.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Acción popular	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 25000-23-25-000-2005-00662-03	FECHA: 05/11/13
PONENTE: María Claudia Rojas Lasso		ACTOR: Sonia Andrea Ramírez Lamy	

DEMANDADO: Ministerio del Medio Ambiente y otros

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
-----------	-----------	----------

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho al goce de un medio ambiente sano.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Constitución Política; Ley 99 de 1993; Ley 472 de 1998; Ley 164 de 1994; Ley 1523 de 2012; Ley 1450 de 2011; Decreto 2811 de 1974; Decreto 2820 de 2010; Decreto 2372 del 1 de julio de 2010; Decreto Ley 2811 de 1974; Resolución 463 de 2005.

TEMA PRINCIPAL: Licencias de construcción en franja de adecuación y en zona de recuperación ambiental.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Equilibrio ecológico. Manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables. Acciones Populares: Principio de Precaución, áreas de reserva forestal. Competencias del Ministerio de Ambiente, la CAR y el Distrito Capital respecto del medio ambiente y las reservas forestales.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"1. La Facultad del Ministerio de Ambiente para sustraer 973 hectáreas de la Reserva Forestal Protectora "Bosque Oriental de Bogotá"

El Ministerio de Ambiente, la Procuraduría y Nicolás Muñoz Escobar manifestaron que no podía impedírsele al Ministerio sustraer o redelimitar la reserva forestal protectora, pues era competente para ello, de conformidad con lo previsto en los artículos 5° de la Ley 9 de 1993 y 13 de la Ley 1021 de 2006.

Efraín Forero Molina indicó que el Ministerio de Ambiente se había extralimitado en sus funciones al "redelimitar" la reserva forestal y crear una "franja de adecuación" en la misma.

[...]

(...)

7. Los usos permitidos en la Reserva Forestal Protectora

Alianza Fiduciaria S.A. y GNB Sudameris S.A. manifestaron que la prohibición de expedir licencias de urbanismo y construcción en el área de reserva contravenía múltiples tratados internacionales celebrados por Colombia sobre el desarrollo sostenible, y encaminados a lograr un aprovechamiento racional de los recursos.

La CAR y CAMACOL pusieron de presente que el fallo no había tenido en cuenta el principio de desarrollo sostenible.

El Ministerio de Ambiente indicó que el fallo desconocía los desarrollos de infraestructura de servicios que existían en la reserva.

(...)

8. La naturaleza de los bienes que hacen parte de la Reserva Forestal Protectora

El Ministerio de Ambiente señaló que el fallo desconocía la función social y ecológica de los predios de propiedad particular, ubicados en la zona de reserva

La CAR indicó que la sentencia del Tribunal desconocía que la zona de reserva forestal podía estar constituida por predios de propiedad pública y privada.

La Procuraduría manifestó que el fallo trasladaba al Estado la responsabilidad ambiental de los particulares.

9. La carga que terceros deben asumir para proteger el medio ambiente en la Reserva Forestal Protectora

El Ministerio de Ambiente adujo que el hecho generador de la tasa compensatoria establecida en el artículo 42 de la Ley 99 de 1993 era el uso del suelo y no la contaminación.

La CAR señaló que el fallo violaba el derecho a la igualdad, pues ordenaba al Ministerio expedir la reglamentación de la tasa compensatoria únicamente en la zona de recuperación ambiental, ubicada dentro de la zona de reserva, excluyendo áreas existentes en la misma.

(...)

11. La situación actual de riego para las personas que habitan los cerros orientales

El Ministerio de Ambiente, la CAR, Efraín Forero Molina y la Parcelación Floresta de la Sabana manifestaron que carecían de competencia para reubicar a las personas asentadas en áreas que presentan riesgo en la zona de reserva, pues dicha función correspondía exclusivamente al Distrito Capital.

La Procuraduría señaló que no debían beneficiarse con la reubicación aquellos infractores ambientales que se encontraban ocupando zonas que amenazaban con deslizamientos, o que se encontraran aledañas a rondas o zonas de manejo y de preservación hídrica."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"[...] 1.1. Las acciones populares

(...)

En el caso que nos ocupa, los derechos cuyo amparo se pretende son, ciertamente, derechos colectivos, contemplados en los literales a), b), c), e), f), g), h), l) y m) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998 y, en consecuencia, susceptibles de protección mediante la interposición de la acción popular.

1.2 El derecho al goce de un medio ambiente sano y la existencia del equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

El medio ambiente hace parte de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado la "Constitución Ecológica", conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

(...)

2. CONSTITUCIÓN DE LA DENOMINADA RESERVA FORESTAL PROTECTORA BOSQUE ORIENTAL DE BOGOTÁ

Previo al análisis de las órdenes impartidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de los argumentos que contra éstas se esgrimen en los recursos de apelación, la Sala hará unas precisiones sobre el contexto en que surgió la Reserva Forestal protectora "Bosque Oriental de Bogotá", su importancia; y los antecedentes históricos, sociales y económicos que precedieron la expedición de la Resolución 463 de 2005 (14 de abril), mediante la cual el Ministerio de Ambiente sustrajo 973 hectáreas de la misma.

2.1. La Reserva Forestal Protectora "Bosque Oriental de Bogotá"

(...)

Años después, la junta directiva de la aludida Corporación Autónoma Regional, expidió el Acuerdo 59 de 1987, mediante el cual adoptó la reglamentación de los cerros orientales de Bogotá, teniendo en cuenta no sólo su condición de área de reserva forestal protectora, sino también su indiscutible valor paisajístico y ecológico, y su nivel de deterioro que hacía necesario que sea sometida a un tratamiento de carácter especial.

(...)

Al resumir la evolución de las normas que regulan los cerros orientales de la ciudad, no puede pasarse por alto que la Alcaldía Mayor de Bogotá expidió el Decreto 320 de 1992 (29 de mayo), mediante el cual adoptó el Plan de Ordenamiento Físico del Borde Oriental, Suroriental, Suroccidental y las Zonas de Preservación del Cerro de Suba Norte y Sur, del Cerro La Conejera, los Sistemas Orográfico e Hídrico del Distrito Capital y dictó normas encaminadas a garantizar la preservación, protección y adecuado uso de las áreas en mención.

(...)

5. ANÁLISIS DE FONDO DEL ASUNTO

(...)

En este orden de ideas, debe la Sala examinar las competencias del Ministerio de Ambiente para sustraer áreas de las reservas forestales protectoras del orden nacional; para posteriormente determinar si la sustracción de las 973 de hectáreas que éste realizó en la Reserva Forestal Protectora "Bosque Oriental de Bogotá", era procedente.

(...)

Se concluye, entonces, que la facultad del Ministerio de Ambiente para sustraer áreas de las reservas forestales nacionales es reglada, pues las tres (3) hipótesis señaladas anteriormente condicionan la actividad de la administración en relación con la sustracción de éste tipo de zonas.

(...)

Visto lo anterior, debe la Sala examinar si era procedente sustraer las 973 de hectáreas de la Reserva Forestal Protectora “Bosque Oriental de Bogotá”, como lo hizo el Ministerio de Ambiente mediante Resolución 463 de 2005 (14 de abril), no sin antes advertir que en sentencia de 28 de octubre de 2010 (M. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta) la Sección Primera estudió la legalidad de dicho acto, desde el punto de vista de la competencia, y evidenció que se encontraba ajustado a derecho al constatar “clara, expresa e indiscutible la competencia de esa cartera ministerial [Ministerio de Ambiente] para redelimitar la Zona de Reserva Forestal Protectora [...]”.

En este sentido, es claro que el Ministerio de Ambiente excluyó de la reserva forestal protectora 973 hectáreas que corresponden a la denominada “franja de adecuación”, en consideración a que a su juicio dicha zona había perdido las condiciones que habían dado lugar a declararla como área de reserva forestal protectora.

(...)

Como lo señaló anteriormente la Sala, la sustracción de áreas de la Reserva Forestal Protectora Bosque Oriental de Bogotá no fue fortuita ni obedeció a un actuar improvisado de la administración, sino que fue producto de un proceso juicioso de concertación entre las autoridades y un estudio juicioso que quedó plasmado en el POMCO, realizado de manera conjunta por el Distrito Capital, la CAR y el Ministerio de Ambiente.

(...)

La Sala considera que esta zona, en compensación a los perjuicios sufridos por los habitantes de la ciudad, podría constituirse en un gran corredor ecológico que oxigene la ciudad y permita a sus habitantes disfrutar de la naturaleza y del derecho a la recreación, consagrado expresamente en el artículo 52 de la Constitución Política, máxime si se tiene en cuenta que los cerros orientales forman parte del área de la ciudad y constituyen un pulmón de la misma, por lo que pueden considerarse como unos cerros “urbanos”.

(...)

Es necesario resaltar que un área sobre la cual descansa el interés ecológico regional, nacional e internacional, sólo puede ser sustraída del área de reserva forestal, cuando se cuente con una base técnica clara y suficiente que justifique ese proceder.

En este orden de ideas, en la parte resolutive de la sentencia se ordenará al Ministerio de Ambiente, a la CAR y al Distrito Capital de Bogotá elaborar, ejecutar y financiar solidariamente un “Plan de manejo del área de canteras, vegetación natural, pastos, plantaciones de bosques y agricultura, de la franja de adecuación”, con el objeto de proyectar una gran zona de aprovechamiento ecológico para los habitantes de la ciudad de Bogotá, de modo que asegure los derechos a la recreación, el deporte y el aprovechamiento del tiempo libre, previstos en el artículo 52 de la Constitución Política.

(...)

En suma, se advierte que el Tribunal erró al proferir el numeral 3° de la sentencia apelada, pues lo cierto es que el Ministerio de Ambiente sí es competente para sustraer áreas que integran reservas forestales protectoras del orden nacional, tal y como lo dispone el artículo 5°, numeral 18 de la Ley 99 de 1993.

En suma, se advierte que el Tribunal erró al proferir el numeral 3° de la sentencia apelada, pues lo cierto es que el Ministerio de Ambiente sí es competente para sustraer áreas que integran reservas forestales protectoras del orden nacional, tal y como lo dispone el artículo 5°, numeral 18 de la Ley 99 de 1993.

(...)

Bajo el anterior contexto, la Sala encuentra que deben respetarse los derechos adquiridos de quienes obtuvieron licencias de construcción y/o construyeron legalmente en la franja de adecuación y en la "zona de recuperación ambiental", ubicada dentro de la reserva forestal protectora, antes de la anotación registral de la afectación a la reserva del predio respectivo.

No obstante lo anterior, no se reconocerán derechos adquiridos si se demuestra que, a pesar de no existir una anotación registral dentro de la historia traditicia del inmueble que lo afectara a la reserva forestal protectora, por actuaciones se deduzca inequívocamente que el propietario, poseedor o tenedor del inmueble conocía la afectación que pesaba sobre el inmueble en cuanto a la existencia de la reserva.

En síntesis, se advierte que existen derechos adquiridos que la Sala debe proteger en la parte resolutive de esta sentencia. No obstante lo anterior, se ordenará a las entidades demandadas que adopten las medidas pertinentes para que las urbanizaciones y/o construcciones levantadas legítimamente en la "zona de recuperación ambiental", porque a sus propietarios se les reconocen derechos adquiridos, de conformidad con lo expuesto anteriormente, se ajusten a la normatividad ambiental, dando aplicación inmediata a las tasas compensatorias, por las consecuencias nocivas a que hace referencia el artículo 42 de la Ley 99 de 1993, por el aprovechamiento de la reserva y/o para compensar los gastos de mantenimiento, reposición y operación del programa que permita y garantice la renovabilidad de los recursos naturales renovables.

Lo anterior no excluye la posibilidad de que puedan negociarse directamente o, en su lugar, expropiarse predios ubicados dentro de la zona de reserva forestal protectora –no en la franja de adecuación–, porque revistan especial importancia ecológica que amerite que su propiedad sea Estatal.

Respecto de las licencias de construcción legalmente obtenidas en la zona de reserva forestal propiamente tal –no en la franja de adecuación– que no se han materializado en una construcción, ya no podrán realizarse puesto que a partir de este fallo no se podrá levantar ninguna construcción o tipo de vivienda en la zona de reserva forestal.

Lo anterior, igualmente impone a la Sala ordenar al Distrito modificar el POT para que éste tenga en cuenta los derechos adquiridos de las personas que edificaron en la franja de adecuación y en la "zona de recuperación ambiental", así como las restricciones y permisos en los usos del suelo de los que se habla en el presente fallo.

(...)

Sin embargo, la Sala no desatenderá lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 204 de la Ley 1450 de 2011 y por ello instará al Ministerio de Ambiente a que señale las actividades que ocasionan bajo impacto ambiental y que además generan beneficio social, de manera tal que se pueden desarrollar en las áreas de reserva forestal sin necesidad de efectuar la sustracción de las mismas. Ello, debido a la importancia que conlleva la construcción de instalaciones públicas rurales destinadas a brindar servicios de educación básica y puestos de salud, en concordancia con las consideraciones que para el efecto fijó la Corte Constitucional en la sentencia T 500 de 2012 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), y por la relevancia que cobra para las poblaciones campesinas que históricamente han poblado el área de reserva, tal y como ocurre con las Veredas el Verjón Alto y el Verjón Bajo, las cuales han sido habitadas desde hace más de 80 años.

Además, se impartirá una orden en la parte resolutive del fallo en la que se prohibirá tajantemente adelantar actividades mineras en la reserva forestal protectora.

En síntesis, se advierte que los particulares tienen la obligación de proteger el medio ambiente, pues la misma Carta Política les impone obligaciones en este sentido. Precisamente, lo anterior será tenido en cuenta al momento en que se impartan las del presente fallo, pues se ordenará a los propietarios, poseedores y tenedores de predios ubicados en la Reserva Forestal Protectora "Bosque Oriental de Bogotá" i) asumir los costos que compensan la utilización permanente de la reserva, ii) acatar cabalmente la normativa ambiental y iii) velar por la integridad de la reserva, informando oportunamente a la autoridad policial acerca de cualquier conato de asentamiento o acto que atente contra ella.

En síntesis, la Sala advierte que en el área de reserva forestal y en la franja de adecuación existen asentamientos irregulares que amenazan ruina y pueden deslizarse en época invernal, lo que representa evidente amenaza a los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

(...)

En este orden de ideas, en la parte resolutive de esta providencia se ordenará al Distrito Capital elaborar un "Plan de reubicación de asentamientos humanos", cuyo objeto será la reubicación de los asentamientos que amenacen ruina, se encuentren ubicados en la franja de adecuación y en la reserva forestal protectora y comporten riesgo no mitigable.

(...)

Aunado a lo anterior, la Sala debe manifestar un reparo adicional respecto de la orden impartida por el Tribunal, pues éste también se equivocó al señalar que la reubicación debe darse frente a persona cuyas viviendas amenacen deslizamiento o en estén en zonas de ronda o de manejo y preservación de quebradas y ríos "siempre y cuando su condición económica lo amerite", pues es suficientemente claro que no puede el Estado relevarse del cumplimiento de una obligación legal ni discriminar a la población en consideración al mayor o menor valor de su patrimonio.

(...)

Se advierte que el Distrito Capital violó los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, al medio ambiente sano y a la protección de áreas de especial importancia ecológica por los asentamientos irregulares que afectan gravemente el ecosistema protector y pueden ocasionar deslizamientos en época invernal.

En efecto, el Distrito incurrió en omisión en el ejercicio de sus funciones policivas, lo que favoreció la creación de asentamientos ilegales y de barrios clandestinos en el área de reserva que, a la postre, en algunos casos, hicieron que se llevaran a cabo procedimientos de legalización e incorporación, según lo dispuesto en los Acuerdos 1 de 1986 (12 de febrero) y 6 de 1990 (8 de mayo).

(...)

Igualmente, la Sala advierte que el Distrito Capital violó derechos colectivos por la explotación minera ilícita y las actividades agropecuarias y de explotación de flora y fauna que afectan gravemente el ecosistema del área de reserva.

(...)

Precisamente, en el caso sub examine se advierte que el Distrito Capital violó los derechos colectivos al medio ambiente sano, a la conservación de especies animales y vegetales, y a la protección de áreas de especial importancia ecológica, pues incumplió con las obligaciones previstas en los numerales 6° y 7° transcritos, ya que no veló por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental, a fin de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano en la reserva forestal, lo que por supuesto conlleva que se realizarán a la postre explotaciones de minería ilícitas y actividades agropecuarias y de explotación de flora y fauna que afectaron gravemente el ecosistema del área de reserva.

De hecho, la Sala advierte que estas situaciones no fueron ajenas a las entidades demandadas, pues en múltiples documentos allegados al proceso reconocieron su existencia.

(...)

Por último, la Sala advierte que la CAR violó derechos colectivos con ocasión de iii.i.) la falta de registro del Acuerdo 30 de 1976 (30 de septiembre), por medio de cual el Inderena declaró "Área de Reserva Forestal Protectora" la zona denominada Bosque Oriental de Bogotá, y de la Resolución 76 de 1977 (31 de marzo), y iii.ii.) la explotación minera ilícita y las actividades agropecuarias y de explotación de flora y fauna.

(...)

Ahora bien, la Sala considera que debe negar el incentivo concedido a favor de la demandante, pues independientemente de los argumentos expuestos por ella y por el Ministerio de Ambiente debe atender el criterio que adoptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2013 (M. P. Mauricio Fajardo Gómez), en la que en virtud del mecanismo eventual de revisión señaló la improcedencia de reconocer el incentivo económico a partir de la vigencia de la Ley 1425 de 2010, mediante la cual se derogaron los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 que reconocían dicho estímulo.

(...)

En este orden de ideas la Sala revocará lo dispuesto en el numeral 14 del fallo apelado y, en su lugar, negará por improcedente el reconocimiento del incentivo económico."

FUENTES: Constitución Política; Ley 99 de 1993; Ley 472 de 1998; Ley 164 de 1994; Ley 1523 de 2012; Ley 1450 de 2011; Decreto 2811 de 1974; Decreto 2820 de 2010; Decreto 2372 del 1 de julio de 2010; Decreto Ley 2811 de 1974; Resolución 463 de 2005.

DECISIÓN:

"CONFIRMASE el numeral 1° de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2006 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", en cuanto declaró responsable de la violación de derechos colectivos al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR y al Distrito Capital.

2. MODIFÍCASE en todo lo demás la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2006 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", la cual quedará así:

1. AMPÁRANSE *los siguientes derechos colectivos que, de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de la sentencia, fueron vulnerados por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR y el Distrito Capital de Bogotá:*

i) El goce de un ambiente sano;

ii) *La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;*

iii) *La realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; y*

iv) *La seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente.*

2. ORDÉNASE conjuntamente al Ministerio de Ambiente, a la CAR y al Distrito Capital de Bogotá, respetando el ámbito material y funcional de sus respectivas competencias que ha sido definido en las normas jurídicas vigentes:

2.1. Elaborar, ejecutar y financiar solidariamente, dentro del término de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, un *“Plan de manejo del área de canteras, vegetación natural, pastos, plantaciones de bosques y agricultura, de la franja de adecuación”, en el área de “canteras”, “vegetación natural”, “pastos”, “plantaciones de bosque”, “agricultura”, ubicada en la franja de adecuación, y que corresponde al área de ocupación pública prioritaria, con el objeto de proyectar una gran zona de aprovechamiento ecológico para los habitantes de la ciudad, de modo que compense los perjuicios ambientales sufridos por los habitantes de la ciudad y asegure los derechos a la recreación, el deporte y el aprovechamiento del tiempo libre, previstos en el artículo 52 de la Constitución Política.*

Esta zona de aprovechamiento ecológico deberá entrar en funcionamiento con todos los elementos recreativos que resulten de este plan, a más tardar dentro de los 24 meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

2.2. Respetar los derechos adquiridos, en la forma como ha quedado definido en la parte considerativa, a quienes obtuvieron licencias de construcción y/o construyeron legalmente en la franja de adecuación y en la *“zona de recuperación ambiental”, ubicada dentro de la reserva forestal protectora, antes de la anotación registral de la afectación a la reserva del predio respectivo.*

No obstante lo anterior, no se reconocerán los derechos adquiridos si se demuestra que, a pesar de no existir una anotación registral dentro de la historia tradicia del inmueble que lo afectara a la reserva forestal protectora, por actuaciones se deduzca inequívocamente que el propietario, poseedor o tenedor del inmueble conocía la afectación que pesaba sobre el inmueble en cuanto a la existencia de la reserva.

Igualmente, se advierte que lo dicho no excluye la posibilidad de que puedan negociarse directamente o, en su lugar, expropiarse predios ubicados dentro de la zona de reserva forestal protectora – no en la franja de adecuación –, que revistan especial importancia ecológica que amerite que su propiedad sea Estatal.

2.3. No conceder nuevas licencias, autorizaciones o permisos que permitan el desarrollo urbano o de construcción en la reserva forestal protectora; y observar estrictamente lo dispuesto en la Ley 1450 de 2011 y los Decretos 2372 y 2820, ambos de 2010, o aquellas normas que los modifiquen o aclaren, respecto de los usos permitidos en el área forestal protectora; así como lo dispuesto en los artículos 34 de la Ley 685 de 2001 y 204 de la Ley 1450 de 2011, que prohíben tajantemente desarrollar actividades mineras en dichas áreas.

Bajo ninguna circunstancia podrán adelantarse actividades mineras en la reserva forestal protectora, a partir del presente fallo.

24. Elaborar, ejecutar y financiar solidariamente, dentro del marco de sus competencias, un Plan que permita preservar, conservar y recuperar los recursos hídricos y la biodiversidad existente en la reserva forestal protectora "Bosque Oriental de Bogotá".

3. ORDÉNASE al Ministerio de Ambiente:

3.1. Señalar, dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las actividades que ocasionan bajo impacto ambiental y que además generan beneficio social, de manera tal que se pueden desarrollar en las áreas de reserva forestal, sin necesidad de efectuar la sustracción de las mismas, en cumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 204 de la Ley 1450 de 2011.

3.2. Fijar, dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las tasas compensatorias, estableciendo tarifas diferenciales, según el estrato socioeconómico a que pertenece el predio respectivo ubicado en la Zona de Recuperación Ambiental.

Estas tasas estarán destinadas a compensar los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales renovables, con base en los métodos y sistemas que para la determinación de los costos y beneficios fijó el legislador en el artículo 42 de la Ley 99 de 1993, en cumplimiento del mandato constitucional consignado en el artículo 338 de la Constitución Política.

4. ORDÉNASE al Distrito Capital de Bogotá:

4.1. *Elaborar, dentro del término de seis (6) meses, contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, un "Plan de reubicación de asentamientos humanos", cuyo objeto será la reubicación de los asentamientos que amenacen ruina, se encuentren ubicados en la franja de adecuación y en la reserva forestal protectora y comporten riesgo no mitigable.*

Este Plan deberá definir (i) las áreas que comportan riesgo no mitigable; (ii) los asentamientos humanos que pueden verse afectados; (iii) las medidas que se pueden adoptar para la reubicación; y (iv) el cronograma de actividades que se deberá seguir para el efecto.

4.2. El Alcalde Distrital deberá presentar ante el Concejo Distrital un proyecto de reforma al Plan de Ordenamiento Territorial, dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, de tal manera que la reglamentación de los usos del suelo tanto en la franja de adecuación, como en el área de la reserva forestal protectora denominada "Bosque Oriental de Bogotá", esté conforme con lo dispuesto en este fallo.

4.3. *Proceder, de forma inmediata, al trámite de normalización de las urbanizaciones que definitivamente queden excluidas del área de reserva, a fin de garantizar que su población pueda acceder a una infraestructura de servicios públicos que garantice la salubridad pública.*

5. ORDÉNASE a la CAR modificar, dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el Plan de Manejo Ambiental de la reserva forestal protectora "Bosque Oriental de Bogotá" comprendido en la Resolución 1141 de 2006, de conformidad con lo dispuesto en esta sentencia.

6. ORDÉNASE a los propietarios, poseedores y tenedores de predios ubicados en la Reserva Forestal Protectora "Bosque Oriental de Bogotá" y en la franja de adecuación i) abstenerse de realizar conductas que perjudiquen el área protegida, ii) acatar cabalmente la normativa ambiental y iii) velar por la integridad de la reserva, informando oportunamente a la autoridad policial acerca de cualquier conato de asentamiento o acto que atente contra ella.

7. ORDÉNASE a los Curadores Urbanos de Bogotá D.C., observar en forma estricta la normatividad ambiental; abstenerse de conceder nuevas licencias, autorizaciones o permisos que faciliten el desarrollo urbanístico o de construcción en el área de la reserva forestal protectora; y abstenerse de incurrir en las acciones u omisiones que llevaron a la violación de derechos colectivos, so pena de hacerse acreedores de las sanciones legales.

8. ORDÉNASE a la Superintendencia de Notariado y Registro tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los predios ubicados, tanto en la franja de adecuación como en la reserva forestal protectora, cuenten con una dependencia exclusiva en dicha entidad, que atienda todo lo relativo a los folios de matrícula inmobiliaria de los predios ubicados en estas zonas.

9. LEVÁNTASE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante autos de 1° de junio de y 29 de noviembre de 2005, respecto del artículo 1° de la Resolución 463 de 2005 (14 de abril) y de la totalidad de la Resolución 1582 de 2005 (26 de octubre).

10. ORDÉNASE a la Policía Nacional prestar apoyo a las autoridades ambientales, al Distrito y a la comunidad, en la defensa y protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables del área ubicada en la Reserva Forestal Protectora Bosque Oriental de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 99 de 1993.

11. CONFÓRMASE un Comité de Verificación, que hará seguimiento a lo ordenado en este fallo y estará integrado por el Procurador General de la Nación o su delegado; el Ministro del Medio Ambiente o su delegado; el Alcalde Mayor de Bogotá o su delegado; el Director de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR o su delegado; el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá o su delegado; el Personero Distrital de Bogotá o su delegado, el Contralor Distrital de Bogotá o su delegado, el Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá o su delegado, el Superintendente de Notariado y Registro o su delegado; la ONG Cerros Orientales de Bogotá y la señora Sonia Andrea Ramírez Lamy.

El *a quo* deberá celebrar audiencias públicas de verificación y evaluación de lo ordenado en este fallo, mínimo una vez al año, con los miembros del Comité, a fin de garantizar el cabal cumplimiento del mismo.

12. *COMPÚLSENSE copias de la presente decisión y de las piezas procesales correspondientes, a la Contraloría Distrital de Bogotá, a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación.*

13. NIÉGASE por improcedente el reconocimiento del incentivo económico a favor de la actora.

14. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda; y las solicitudes de nulidad y desacato contra la CAR presentadas, respectivamente, por Efraín Forero Molina y Constructora Palo Alto y Cia. S. en C.

15. ORDÉNASE conjuntamente al Ministerio de Ambiente, a la CAR y al Distrito Capital de Bogotá, publicar la parte resolutive de esta sentencia en forma visible en un diario de amplia circulación nacional, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la misma.

16. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"1. Afirma la demandante que 14.116 hectáreas del bosque de los cerros orientales de Bogotá, que atraviesa la ciudad de sur a norte, por las localidades de Ciudad Bolívar, Usme, San Cristóbal, Santa Fé, Chapinero y Usaquén, fueron declaradas como área de reserva forestal, por el Instituto de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente (Inderena), mediante Acuerdo 30 de 1976 (30 de septiembre)

2. Manifiesta que el Acuerdo referido fue aprobado por el Ministerio de Agricultura, mediante Resolución 76 de 1977 (31 de marzo) siendo relevante destacar que el artículo 206 del Decreto Ley 2811 de 1974 estableció que las áreas de reserva forestal tienen destinación exclusiva a la conservación permanente de bosques, y que el artículo 61 de la Ley 99 de 1993 declaró los cerros y el sistema montañoso circundante de la Sabana de Bogotá como de interés ecológico nacional, cuya destinación prioritaria es la agropecuaria y forestal.

3. Indica que mediante Resolución 463 de 2005 (14 de abril), el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial excluyó 973 hectáreas de la reserva forestal, con el propósito de legalizar situaciones de hecho irregulares, originadas en asentamientos ilegales, explotaciones mineras ilícitas, licencias irregulares de construcción, tala de árboles y explotación de flora y fauna. Lo anterior, sostiene, ha deteriorado gravemente el bosque de los cerros orientales.

4. Además, afirma que los recursos naturales pueden verse gravemente perjudicados si las autoridades públicas no adoptan medidas inmediatas para contener el descalabro ecológico que afecta los cerros, pues los curadores urbanos continúan autorizando construcciones en el área de reserva forestal.

5. Expone que las lluvias de invierno causan riesgo a los asentamientos irregulares instalados en el área protegida, pues pueden ocasionar deslizamientos en donde se encuentran ubicados; que dichos asentamientos atentan contra la reserva natural; que la explotación irregular de minería genera enfermedades respiratorias a la población; y que las autoridades administrativas no tienen control de la tala indiscriminada de árboles y de la explotación de flora y fauna que se hace en la reserva.

6. Manifiesta que se está violando: i) la moralidad administrativa, porque numerosas actuaciones administrativas que se han realizado sobre los cerros orientales han violado la Constitución y la Ley; ii) el equilibrio ecológico y el goce de un ambiente sano, pues no se está garantizando la conservación y restauración de dichos cerros; iii) el patrimonio público, habida cuenta de que se están comerciando bienes que son de la Nación y que tienen el carácter de imprescriptibles, inembargables e inalienables; iv) el patrimonio público, porque la reserva natural es de interés histórico, estético, ambiental y ecológico; v) la seguridad y salubridad públicas y el acceso a una infraestructura que garantice la salubridad pública, pues el Estado no ha protegido la salud de los habitantes del área para que puedan vivir en un medio ambiente sano; y vi) la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, debido a que el deterioro de la reserva natural atenta contra la vida y la salubridad de la población.

7. Solicita que sean reincorporadas al área de reserva forestal las 973 hectáreas excluidas por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante la Resolución 463 de 2005 (14 de abril); y que se expidan los actos administrativos correspondientes para restituir, readecuar y reforestar la misma zona y/o aquella(s) que hace(n) parte de la reserva y aún no ha(n) sido construida(s)."

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca amparó los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, a la protección de áreas de especial importancia ecológica y de sus ecosistemas y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, pues consideró que la reserva forestal protectora de los cerros orientales se veía gravemente afectada por las acciones y omisiones adelantadas por las entidades demandadas. Puso de presente las razones por las que la reserva forestal constituye una fuente de gran importancia ambiental en el Distrito Capital.

[...]

Por otro lado, indicó que la Resolución 76 de 1977 (31 de marzo) era oponible al Ministerio del Medio Ambiente, a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, al DAMA y a Planeación Distrital, pues a pesar de no haber sido inscrita en las oficinas de registro de instrumentos públicos, su cumplimiento se hacía exigible a aquellas autoridades que cumplían funciones de vigilancia ambiental. De hecho, manifestó que la constitución de la misma era un hecho notorio y por lo tanto era oponible también a terceros.

Bajo el anterior contexto, sostuvo que las autoridades ambientales debían adquirir los inmuebles de propiedad privada que hicieran parte del bosque oriental, pues ellos eran de utilidad pública e interés social. Además, manifestó que debía conservarse la franja de adecuación prevista en la Resolución 463 de 2005 (14 de abril), con el objeto de delimitar de manera precisa el área de reserva y unificar el régimen jurídico de los predios excluidos de la misma. De hecho, sostuvo que debía existir una restricción absoluta del uso del suelo en dicha franja, con la finalidad de salvaguardar el área protegida.

Por su parte, respecto de los derechos colectivos afectados, precisó que el descuido de la zona de reserva vulnera el derecho de acceso a los servicios públicos, porque amenaza la cantidad y calidad de agua que circula en los mismos. También manifestó que se violaban los derechos colectivos al equilibrio ecológico, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y a la realización de las construcciones respetando las disposiciones jurídicas, como consecuencia de los asentamientos humanos informales en la zona.

Consideró que el Ministerio de Ambiente era responsable de la violación de derechos colectivos, por no haber alinderado la zona de reserva cuando era útil, por no haber registrado en la oficina de registro de instrumentos públicos el acto que constituía la reserva forestal y por no haber diseñado políticas coherentes con la importancia ecológica de la reserva.

Igualmente, indicó que la CAR violó derechos colectivos, porque no registró oportunamente el área de reserva en la oficina de registro de instrumentos públicos, y porque excluyó indebidamente varios predios de la misma, con el propósito de dar el carácter de legalidad a algunas urbanizaciones, pero sin tener consideración de las normas de cuidado del medio ambiente.

En este mismo sentido, condenó al Distrito Capital por haber realizado 22 incorporaciones y 35 legalizaciones en la reserva, las cuales perjudicaron gravemente el área forestal protectora.

En breve, estableció que las entidades demandadas eran responsables de la violación de derechos colectivos.

[...]

Por otro lado, indicó que no era dable endilgar responsabilidad a los curadores urbanos vinculados al proceso, habida cuenta de que los derechos colectivos conculcados "*no guarda[ban] relación con la moralidad administrativa o la defensa del patrimonio pública*". En un mismo sentido, eximió de responsabilidad a los exdirectores de la CAR: Diego Bravo Borda, Darío Londoño Gómez y Gloria Lucía Álvarez Pinzón, pues constató que durante sus administraciones no se expidieron actos administrativos que hubieran sustraído áreas de la reserva.

Enfatizó que no debían ejecutarse los "...actos administrativos como licencias, permisos, autorizaciones, sustracciones, incorporaciones y similares que cambiaran la condición jurídica de los inmuebles de propiedad privada situados en la zona de reserva y su franja de adecuación...", porque "comprometen el derecho al ambiente sano y al equilibrio ecológico y resultan inconstitucionales por haberse concedido para uso de suelo que está destinado a reserva forestal protectora".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Guillermo Vargas Ayala; Stella Conto Díaz del Castillo; Mauricio Fajardo Gómez; Martha Teresa Briceño de Valencia; Lucy Jeannette Bermúdez; Alberto Yepes Barreiro.

Ficha
No. 7

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad electoral	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-28-000-2013-00006-00 (Acumulado 2013-0007) (IJ)	FECHA: 15/07/14
-----------------------------------	---	--	---------------------------

PONENTE: Stella Conto Díaz del Castillo**ACTOR:** Cecilia Orozco Tascón y otros**DEMANDADO:** Francisco Javier Ricaurte Gómez

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
-----------	--	-----------	----------

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a elegir y ser elegido.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Artículo 126 de la Constitución Política; artículo 53 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.**TEMA PRINCIPAL:** Actos electorales proferidos por la Corte Suprema de Justicia. Función electoral como vía de acceso a las altas magistraturas en el Estado. Interpretación extensiva o analogía de las normas prohibitivas o desfavorables.**TEMAS COMPLEMENTARIOS:** No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Ponen de presente que el artículo 126 C.P., reproducido por el 53 de la Ley Estatutaria de Justicia –en adelante LEAJ–, establece una inhabilidad de parientes del funcionario que ha intervenido en el nombramiento del órgano elector, lo que, en virtud de las reglas lógicas y, más concretamente, del razonamiento a fortiori, debe entenderse como contentiva de una inhabilidad para el mismo funcionario. Señalan, además, cómo el propio Consejo de Estado ha aceptado esta argumentación a fortiori en su modalidad a *minori ad maius*."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Como pudo constatar la Sala y se deriva de los distintos métodos de interpretación jurídica aplicados en la presente sentencia, el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– debe ser leído a la luz del conjunto de normas constitucionales sin agotarse en su texto o en su letra. Solo trascendiendo la literalidad del precepto resulta factible cumplir la finalidad que impone la Constitución al ejercicio de la función electoral y así evitar que el acto de elección **i)** rompa el equilibrio institucional, **ii)** genere tratamientos injustificadamente desiguales, **iii)** propicie prácticas indebidas, como el conflicto de intereses, el clientelismo y, en general, **iv)** avale comportamientos contrarios a los principios del artículo 209 C.P.

Bajo esa perspectiva, las restricciones impuestas a la competencia para elegir, previstas en el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– no se limitan a los vínculos de consanguinidad, maritales o de unión permanente, entre elector y aspirante. Incluyen la condición de este último de elector del primero, pues, de no ser ello así, el conflicto de intereses de un posible “yo te elijo tú me eliges” **i)** atenta contra el ejercicio desconcentrado del poder público; **ii)** genera conflicto de intereses y se presta para clientelismo; **iv)** afecta el principio de transparencia, **v)** pone en tela de juicio la imparcialidad y **vi)** quebranta el derecho de acceder a los empleos públicos en condiciones de mérito, igualdad y equidad. Desconociendo en un todo los artículos 126, 209 y 255 constitucionales.

(...)

Así, en aras de preservar el verdadero sentido de las normas constitucionales que sustentan la provisión de cargos públicos miradas a la luz de distintos horizontes interpretativos, ha de concluirse que en los procesos de elección la persona del original elector debe entenderse incluida en el alcance de la salvaguarda establecida por el inciso segundo del artículo 126 C.P., sin que ello comporte “extender”, “ampliar”, ni “interpretar análogicamente o restrictivamente” el precepto aludido.

Conclusión que se ve reforzada con el mandato contemplado por el inciso tercero del artículo 255 C.P., en cuanto prevé que los miembros del Consejo Superior de la Judicatura no podrán ser escogidos entre los magistrados de las mismas corporaciones postulantes, lo que evidencia que se habrá de estar vigilante para que la designación de los magistrados de la Sala Administrativa no recaiga entre quienes integran el órgano elector.

El propósito principal de la norma citada consiste en impedir la concentración del poder en algunos y en evitar que se introduzca la práctica de la cooptación plena, proscrita por la Constitución de 1991. Esto es así, porque el concepto de Estado democrático exige que se garantice la participación y el pluralismo y, a la par, se asegure la materialización del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, lo que debe ocurrir de manera objetiva, asegurando procesos en los que impere el mérito y la transparencia y no el clientelismo ni el intercambio de favores, ajenos a los principios que rigen la función pública.

Se trata también de preservar la autonomía de la rama judicial y de garantizar la libertad en el momento de elegir a los representantes de las distintas jurisdicciones en los órganos de dirección y administración de la rama, asegurando la representación de la administración de justicia, pero siempre en el sentido de afianzar el principio democrático y no de desvirtuarlo o desconocerlo.”

FUENTES: Artículo 126 de la Constitución Política; artículo 53 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

DECISIÓN:

“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de los actos de elección y confirmación del doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez, como magistrado de la Sala Administrativo del Consejo Superior de la Judicatura, proferidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 13 de noviembre de 2012 y el 19 de noviembre de 2012, respectivamente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.”

4. ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

1.2.1. Cumplido el periodo del magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, doctor Francisco Escobar Henríquez, la Corte Suprema de Justicia adquirió competencia para nombrar su reemplazo.

1.2.2. A partir de la discusión sobre los impedimentos, manifestados por algunos magistrados, se trajo a colación en Sala Plena de la Corte Suprema la pregunta acerca de si es factible elegir o nombrar personas que participaron en la elección o nombramiento de quienes ahora tienen a cargo la designación, pues no se había resuelto la duda de si esa actuación traía consigo el desconocimiento del artículo 126 C.P. En la discusión se presentaron dos enfoques divergentes. Un punto de vista que parte de la prohibición de la conducta y, otro, según el cual, la conducta se encuentra permitida.

Quienes respaldaron la tesis de la prohibición, sostuvieron que si el artículo 126 C.P. censura la designación de los familiares de la persona que intervino en la elección o nombramiento de los que ahora tienen a cargo la designación, el impedimento es aún mayor tratándose de la persona que participó directamente en la designación de sus electores. A lo anterior agregaron reparos de moralidad e igualdad. A juicio de los demandantes, si se prohíbe lo menos –la designación de los parientes de quien es nombrado por las personas que él mismo designó–, habría que concluir que también se prohíbe lo más –esto es, la elección de la persona que es nombrada por quienes ella misma designó–.

Por su parte, los magistrados partidarios de la tesis permisiva sustentaron su punto de vista en que de la letra del artículo 126 C.P. no se deriva una prohibición, así que, en virtud de los principios de taxatividad y legalidad, no se configuraba la aludida inhabilidad. Adicionalmente, sostuvieron que no es factible efectuar una interpretación extensiva ni analógica de un precepto restrictivo y pusieron de presente su interés en que los nombramientos recayesen en una persona con amplio conocimiento de la Rama Judicial.

1.2.3. El 13 de noviembre de 2012, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió como magistrados de la Sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a los doctores Francisco Javier Ricaurte Gómez y Pedro Octavio Munar Cadena, quienes se habían desempeñado como magistrados de la misma Corporación entre el 1 de octubre de 2004 y el 30 de septiembre de 2012 y el 1 de noviembre de 2003 y 31 de octubre de 2011, respectivamente, e intervinieron en la elección de varios de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Concretamente, el doctor Ricaurte Gómez intervino directamente en la elección de dieciocho de los diecinueve magistrados que lo eligieron y confirmaron la decisión.

1.2.4. El doctor Ricaurte fue elegido con dieciséis votos a favor (de diecinueve posibles), quince de ellos de magistrados en cuyo nombramiento él participó”.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: NO SE PRESENTARON.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Tutela	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ)	FECHA: 05/08/14
PONENTE: Jorge Octavio Ramírez Ramírez		ACTOR: Alpina Productos Alimenticios S.A.	
DEMANDADO: Consejo de Estado Sección Primera			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
-----------	-----------	----------

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se negaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 86 de la Constitución Política; artículo 271 de la Ley 1437 de 2011; artículos 11,12 y 40 del Decreto 2591 de 1991.

TEMA PRINCIPAL: Acción de tutela contra providencias del Consejo de Estado: procedencia excepcional.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Evolución jurisprudencial de la acción de tutela contra providencias judiciales en la Corte Constitucional. Evolución de la acción de tutela contra providencias judiciales en el Consejo de Estado. Requisitos de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El apoderado de la parte actora impugnó la sentencia.

Como fundamentos del recurso reiteró los argumentos del escrito de tutela.

Insistió en que la limitación de la prueba testimonial adolecía de un defecto fáctico por omisión, violatorio del debido proceso, que aparejaba la revocatoria de la decisión y el consecuente amparo de sus derechos."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"La acción de tutela procede, en principio, contra autos que pongan fin al proceso y contra sentencias proferidas por el Consejo de Estado, cuando uno u otra vulneren derechos fundamentales de las partes involucradas en un proceso.

Se dice que en principio, toda vez que si el auto no pone fin al proceso, no acarrea una amenaza actual a un derecho fundamental para que se ampare por medio de la acción de tutela. En caso contrario, esto es, si la decisión judicial, cualquiera que fuere, transgrediera un derecho, naturalmente procederá la tutela.

[...]

Para la Sala, la inmediatez es una condición que permite concretar la urgencia del amparo constitucional y, por tanto, determinar si la acción se interpuso en un plazo razonable.

Justamente, porque la acción de tutela es un medio excepcional para la protección pronta y eficaz de tales derechos, se requiere que la acción se ejerza en un tiempo razonable, prudencial, requisito que garantiza la realización del principio de seguridad jurídica y, por ende, el de la cosa juzgada, al asegurar que la decisión judicial alcance el grado de certeza material, que la hace definitiva e inmutable.

Anótase que el término o plazo de inmediatez no es único. Eso explica que las diversas secciones del Consejo de Estado hayan fijado pautas diferentes sobre este aspecto.

Por eso, la Sala Plena, como regla general, acoge un plazo de **seis meses**, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente.

Se ha estimado como aceptable ese plazo, teniendo en cuenta la naturaleza del acto jurisdiccional, los plazos previstos en la ley para la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las mismas, el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de que las situaciones jurídicas resueltas logren certeza y estabilidad.

La regla general del plazo de seis meses se acoge, además, teniendo en cuenta: i) que el plazo ha sido considerado como razonable por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y; (ii) se trata de una decisión judicial adoptada en un proceso jurisdiccional."

FUENTES: Artículo 86 de la Constitución Política; artículo 271 de la Ley 1437 de 2011; artículos 11,12 y 40 del Decreto 2591 de 1991.

DECISIÓN:

1. UNIFÍCASE, por importancia jurídica, de conformidad con la competencia atribuida por el artículo 271 del CPACA, la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado respecto de la procedencia de la acción de tutela contra las providencias de esta Corporación, en los términos establecidos en la parte motiva de esta sentencia.

2. MODIFÍCASE la sentencia proferida por la Subsección B, de la Sección Segunda, del Consejo de Estado, en el sentido de negar las pretensiones por las razones expuestas en la presente providencia.

3. NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el Decreto 2591 de 1991.

4. ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión."

4. ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

1.- El 20 de octubre de 2008, la sociedad Compagnie Gervais presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos contenidos en las resoluciones 40874 de noviembre 30 de 2007, 10286 de marzo 31 de 2008 y 11119 de abril 15 del mismo año, proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, que concedieron el registro de la marca mixta "*Alpina Yox con Defensis*" a la compañía Alpina Productos Alimenticios S.A.

2.- La demanda fue admitida por la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante auto de diciembre 15 de 2008, debidamente notificado a las partes.

3.- La demanda fue contestada por la sociedad Alpina y solicitó la práctica algunas pruebas. En particular, la práctica de 17 testimonios: siete correspondientes a empleados y exempleados de ALPINA, nueve de empleados y exempleados de las agencias de publicidad Leo Burnett Colombiana S.A. y Misty Wells & Zea Asociados S.A., y, finalmente, el testimonio del representante legal de la sociedad Danone Alquería S.A.

4.- Por auto de auto del 16 de mayo de 2011 se abrió a pruebas el proceso, pero de los testimonios solicitados por Alpina -17- sólo se ordenó la práctica de dos.

5.- Mediante memorial de mayo 24 de 2011, el apoderado de Alpina solicitó adicionar el auto referido en el numeral anterior, entre otros aspectos, para que se decretaran la totalidad de los testimonios solicitados en la contestación de la demanda. La solicitud se fundamentó en la falta de "[...] *pronunciamiento sobre los testimonios solicitados en los numerales 7.3.3 a 7.3.17 de la contestación de la demanda*" (fl. 915 del expediente de pruebas).

6.- La Sección Primera del Consejo de Estado, mediante auto de octubre 13 de 2011, adicionó el auto de mayo 16 de 2011 y, respecto de las pruebas testimoniales solicitadas, señaló lo siguiente:

"b.- Con relación a la solicitud de que se decrete la práctica de quince testimonios hecha por la sociedad Alpina Productos Alimenticios S.A., el Despacho considera que los decretados en el auto de 16 de mayo del presente año, son suficientes junto con los otros medios probatorios, para llevar al juez a dictar un fallo en derecho" (fl. 944 del expediente de pruebas).

7.- Alpina S.A. interpuso recurso de súplica, a fin de que se decretaran la totalidad de los testimonios pedidos en la contestación de la demanda y expresó que la facultad de limitar los testimonios por el Juez únicamente procede cuando "*considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, circunstancia que solo puede tener lugar cuando se haya efectuado a [sic] práctica de alguna de las declaraciones pedidas por las partes*" (fl. 948 del expediente de pruebas).

Agregó que cada uno de los testimonios, "*se dirigen a determinar la ausencia de un comportamiento contrario a las reglas de la buena fe*" y buscan "*esclarecer los hechos desde el punto de vista de cada especialidad del área de trabajo*" (fls. 948 - 949 del expediente de pruebas).

8.- Al resolverse el recurso de súplica, se decretó la práctica de un testimonio adicional, el de la señora Ana María Rocha, y se negó la práctica de los restantes testimonios, por considerar que los decretados eran suficientes para esclarecer los hechos objeto del proceso.

La práctica del testimonio de Ana María Rocha, en los términos de la providencia, se ordenó ante la eventual discordancia que pudiera existir entre las versiones de los dos testimonios previamente decretados.

[...]

Contra las decisiones adoptadas por la Sección Primera del Consejo de Estado, Alpina interpuso acción de tutela.

(...)

La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante providencia de febrero 7 de 2013, negó por improcedente la acción de tutela presentada por la compañía Alpina Productos Alimenticios S.A. Expuso que la acción de tutela no puede tornarse en una instancia judicial adicional, "*[...] a fin de cuestionar un debate probatorio valorado, estudiado, analizado y clausurado por el Juez Natural del proceso, lo anterior teniendo en cuenta el principio de independencia judicial, el cual, supone la existencia de libertad de criterio a la hora de apreciar las pruebas*" (fls. 134 - 135)."

5. IMPUGNACIÓN

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Susana Buitrago Valencia; Stella Conto Díaz del Castillo; Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; Guillermo Vargas Ayala.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad electoral	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-28-000-2013-00015-00(IJ)	FECHA: 11/11/14
PONENTE: Stella Conto Díaz Del Castillo		ACTOR: Paula Alejandra Rangel Garzón y otro	
DEMANDADO: Pedro Octavio Munar Cadena			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a elegir y ser elegido.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Inciso segundo del artículo 126 de la Constitución Política y artículo 53 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

TEMA PRINCIPAL: Actos electorales. Control de legalidad. Inhabilidad, incompatibilidad e impedimento para elegir o acceder a cargos de la rama judicial.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Declaratoria de nulidad de los actos proferidos por la Corte Suprema de Justicia para elegir y confirmar a magistrado del Consejo Superior de la Judicatura.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La demanda se sustenta en la violación del artículo 126 C.P., pues si bien de la lectura de la norma no se deriva una prohibición expresa, implícitamente es claro que se proscribe elegir a funcionarios que contribuyeron previamente al nombramiento de los funcionarios electores. De no entenderse así, la disposición carecería de sentido.

(...)

De los diecinueve magistrados de la Corte Suprema que intervinieron en la elección del doctor Munar Cadena como magistrado de la Sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, quince tenían prohibido votar por él, pues el antes nombrado había participado en su elección.

(...)

Además, se destaca que la elección del doctor Munar Cadena como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene como efecto revivir la cooptación plena, explícitamente rechazada por el Constituyente de 1991".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"El texto constitucional, sea éste explícito o implícito, actúa a la manera de freno y a la vez de motor. Así, excluye y prohíbe ciertos comportamientos o conductas e incluye y promueve otros. No todo vale a la luz de la Constitución; no puede generarse la impresión de que, en aras del pluralismo, cualquier postura resulta admisible.

(...)

Se observa, entonces, que cuando el acceso a los cargos públicos se da por una vía distinta a la elección popular directa, deberá responder a estrictas exigencias de objetividad y transparencia que garanticen, en todo caso, que i) el acceso al cargo se efectuó en condiciones de igualdad, equidad y mérito y, por consiguiente, ii) al margen del favoritismo sustentado en prácticas indebidas como el conflicto de intereses y el clientelismo.

(...)

Esta disposición surgió durante la Asamblea Nacional Constituyente con el propósito claro de impedir que los servidores públicos nombren a quien intervino en su designación. Con ello se buscó evitar la transacción de cuotas personales como determinantes del acceso a los cargos de elección popular o vía acto electoral. La redacción original del artículo decía: "[e]n ninguna elección o nombramiento podrán designarse personas que [...] han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación."

Sin embargo, se advirtió que el modo como estaba redactado el precepto generaría en los casos de elección popular –en particular para el presidente, los gobernadores y alcaldes– el problema consistente en que los popularmente elegidos sólo podrían nombrar a aquellos que no intervinieron en su elección, es decir, a los integrantes de la oposición. Con el fin de superar este escollo, se introdujo una modificación con el espíritu de dejar plasmado que el servidor público elegido por votación popular no puede nombrar a personas que sean familiares o cónyuges de aquellos que lo designaron.

Si la nueva redacción no explicitó lo obvio, esto es, que un servidor público no puede utilizar su poder de designación para beneficiar o agradecer a aquellos que lo nombraron en su cargo, lo cierto tiene que ver con que, leída la norma a la luz de los preceptos constitucionales, no cabe sino concluir la presencia de esta salvaguarda. Lo contrario, esto es, admitir que una norma constitucional cuya finalidad consiste en garantizar transparencia y en evitar el tráfico de favores se opone al nombramiento de los parientes del nombrado, pero acepta que éste sea designado por quien él mismo ayudó a elegir, sería absurdo. Precisamente esta última conducta es a toda luz la más lesiva.

(...)

La aclaración histórica parece ofrecer una primera herramienta útil para fijar los alcances del artículo 126 C.P., pues da indicios de que la norma se originó precisamente en rechazo al nepotismo y al clientelismo. Así, aunque el texto del artículo 126 C.P. no presente de manera explícita la salvaguarda en cuestión, aquello que se encuentra implícito en la norma, representa su significado más profundo. De hecho, en las Actas de la Asamblea Constituyente se evidencia el interés primario de sus integrantes de erradicar las formas de clientelismo imperantes.

(...)

El segundo inciso del artículo 126 C.P. introduce un matiz: dispone que un servidor público no pueda nombrar como empleado a familiares de otros servidores competentes para intervenir en su designación. En este caso, la norma enfatiza no en los lazos familiares, maritales o de unión permanente, sino en el poder de intervenir en un nombramiento. El análisis de la norma, a la luz del conjunto de preceptos constitucionales, permitiría concluir que si designar al familiar, al cónyuge o compañero (a) permanente es reprochable, lo es porque genera los mismos vicios que designar al propio servidor público. En consecuencia, no habría razón para sostener que la norma autoriza que un servidor público intervenga en la elección de una persona gracias a la cual está ocupando el cargo.

Así, el inciso en comento, más que evitar el nepotismo, busca impedir la forma indebida en la que un servidor público designa a aquellos gracias a los cuales obtuvo su posición. Esto deja ver que el artículo 126 C.P. confronta el favoritismo, del que el nepotismo sólo es un caso especial. Por ello, mientras que el primer inciso pretende evitar que se beneficie a una persona por sus vínculos familiares, con independencia de los méritos, el segundo inciso reprocha la práctica del clientelismo.

(...)

Así, mientras el acto de elección debe cumplir de manera estricta con los principios que informan la función pública contemplados en el artículo 209 C.P., la salvaguarda contemplada en el inciso final del artículo 255 C.P. exige mantener el delicado equilibrio de “frenos y contrapesos” que busca el constitucionalismo, evitando que en el nombramiento de altas magistraturas se generen prácticas clientelistas de intercambio de favores que propician la concentración del poder en unos pocos.

(...)

No cabe duda de que apegarse exclusiva y excluyentemente a la letra de la norma prevista en el segundo inciso del artículo 126 C.P. –reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– salva su tenor literal, pero sacrifica su carácter jurídico-constitucional que exige un entendimiento no fragmentario, sino armónico de la misma a la luz del resto de preceptos constitucionales. En fin, la literalidad impone un entendimiento irracional de los preceptos en comento para favorecer supuestamente el principio de libertad. No obstante, se sabe que no hay derecho y, menos garantía de libertad, allí donde impera la sinrazón. Privilegiar una comprensión irracional de las normas jurídicas, conduce a la arbitrariedad y, a la vez, genera un terreno fértil para que prospere el trato discriminatorio y se asienten prácticas indebidas como el conflicto de intereses y el clientelismo.

(...)

Una vez superada la idea de que el alcance del inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el inciso tercero del artículo 53 de la LEAJ– ha de contraerse o restringirse a su tenor literal, debe la Sala precisar otro aspecto importante, cual es que el aludido precepto no tiene una naturaleza sancionadora.

(...)

Una vez superada la idea de que el alcance del inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducido por el inciso tercero del artículo 53 de la LEAJ– ha de contraerse o restringirse a su tenor literal, debe la Sala precisar otro aspecto importante, cual es que el aludido precepto no tiene una naturaleza sancionadora.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para la Sala que la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de su función electoral, en el asunto que se examina, no solo desconoció la salvaguarda prevista por la norma en el inciso segundo del artículo 126 C.P. –reproducida en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ– que impide a los servidores públicos intervenir en la elección de quien los designó, sino que, en ese orden de ideas, tampoco respetó los principios que informan la función pública y dio pie para que se presentaran prácticas desconocedoras del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos; adicionalmente propició que se introdujera de manera velada la cooptación plena”.

FUENTES: Inciso segundo del artículo 126 de la Constitución Política y artículo 53 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

DECISIÓN:

“DECLÁRASE la nulidad de los actos de elección y confirmación del doctor Pedro Octavio Munar Cadena proferido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 13 de noviembre de 2012 y el 24 de enero de 2013, respectivamente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.”

3. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

“Los demandantes sustentan sus pretensiones en los siguientes hechos:

2.1. Con la finalización del periodo de los magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Francisco Escobar Henríquez y Jorge Antonio Castillo Rúgeles (sic.), la Corte Suprema de Justicia adquirió competencia para nombrar su reemplazo.

2.2. A partir de la discusión sobre los impedimentos, manifestados por algunos magistrados, en la Sala Plena de la Corte Suprema surgió la pregunta acerca de si es factible elegir o nombrar personas que participaron en la elección o nombramiento de quienes ahora tienen a cargo la designación, a la luz del artículo 126 C.P. En la discusión se presentaron dos enfoques divergentes. Un punto de vista que parte de la prohibición y, otro, según el cual, la conducta se encuentra permitida.

Quienes respaldaron la tesis de la prohibición, sostuvieron que si el artículo 126 C.P. censura la designación de los familiares de la persona que intervino en la elección o nombramiento de los que ahora tienen a cargo la designación, el impedimento es aún mayor tratándose de la persona que participó directamente en la designación de sus electores. A lo anterior agregaron reparos de moralidad e igualdad. A juicio de los demandantes, si se prohíbe lo menos –la designación de los parientes de quien es nombrado por las personas que él mismo designó–, habría que concluir que también se prohíbe lo más –esto es, la elección de la persona que es nombrada por quienes ella misma designó–.

Por su parte, los magistrados partidarios de la tesis permisiva sustentaron su punto de vista en que de la letra del artículo 126 C.P. no se deriva una prohibición, así que, en virtud de los principios de taxatividad y legalidad, no se configuraba la aludida inhabilidad. Adicionalmente, sostuvieron que no es factible efectuar una interpretación extensiva ni analógica de un precepto restrictivo y pusieron de presente su interés en que los nombramientos recayesen en una persona con amplio conocimiento de la rama judicial.

2.3. De conformidad con el comunicado de prensa emitido por la Corte Suprema de Justicia el 13 de noviembre de 2012, fueron elegidos los doctores Pedro Octavio Munar Cadena y Francisco Javier Ricaurte Gómez, para proveer igual número de cargos en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

24. Como consta en el acta No. 35 de 13 de noviembre de 2012, la elección del doctor Pedro Munar Cadena se sometió a una primera votación junto con otros aspirantes que arrojó el siguiente resultado:

"Romelio Elías Daza Molina (0 votos); Sigifredo Espinosa Pérez (4 votos); Pedro Octavio Munar (11 votos); Eduardo Reina Andrade (1 voto); Roberto Suárez (0 votos). Posteriormente se sometió tres veces a votación de la plenaria los nombres de quienes obtuvieron la mayoría de votos: el doctor Pedro Octavio Munar y Sigifredo Espinosa. En la primera ocasión el Dr. Munar obtuvo 13 votos y el Dr. Espinosa 3 votos; además hubo tres votos en blanco; en la segunda ocasión se sometió a consideración a los dos Doctores de forma individual y los resultados fueron: el Dr. Munar obtuvo 14 votos, 5 en blanco; y cuando se sometió en forma individual el nombre del Dr. Espinosa, él obtuvo 8 votos, 11 votos en blanco. Posteriormente, por petición de la Dra. Cabello Blanco, se sometió a votación los nombres de los doctores, uno por uno, y se obtuvieron los siguientes resultados: En la votación del Dr. Munar, a favor 14 votos, votos en blanco 5 y un total de 19. Luego en la votación del Dr. Espinosa, él obtuvo 5 votos, hubo 14 votos en blanco y un total de 19 votos. Finalmente, en la última votación el resultado fue el siguiente: Pedro Octavio Munar (16 votos); votos en blanco (3 votos) y total de votos (19 votos). Hay constancia de que los doctores Arturo Solarte y María del Rosario González Muñoz votaron en blanco y que el Dr. Jesús Vall de Rutén votó por el Dr. Munar (anexo). Acto seguido, se nombró al Dr. Pedro Octavio Munar Cadena como magistrado de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en reemplazo del Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

2.5. El 24 de enero de 2013, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia confirmó el nombramiento del doctor Pedro Octavio Munar Cadena.

2.6. El antes nombrado fue magistrado de la Corte Suprema de Justicia entre el 1 de noviembre de 2003 y el 31 de octubre de 2011.

2.7. Siendo magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el doctor Pedro Octavio Munar Cadena intervino en la designación de quince de los diecinueve magistrados de la Corte Suprema de Justicia que, en noviembre de 2013, lo eligieron para reemplazar en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura al doctor Jorge Castillo Rúgeles. En particular, intervino en la designación de: Jorge Mauricio Burgos Ruiz (23 de noviembre de 2010); José Leonidas Bustos (21 de febrero de 2008); Fernando Alberto Castro Caballero (23 de noviembre de 2010); José Luis Barceló Camacho (10 de febrero de 2011); Elsy del Pilar Cuello Calderón (10 de mayo de 2011); María del Rosario González Muñoz (26 de junio de 2007); Fernando Giraldo Gutiérrez, Luis Gabriel Miranda Buevas y Carlos Ernesto Molina Monsalve (23 de noviembre de 2010); Luis Guillermo Salazar Otero (14 de septiembre de 2011); Julio Enrique Socha (13 de julio de 2006); Arturo Solarte Rodríguez (26 de junio de 2007) y Javier Zapata Ortiz (31 de agosto de 2005).

2.8. Como los anteriores magistrados no podían intervenir en la elección del exmagistrado Munar, sus votos son nulos, pues quebrantan el artículo 126 C.P., de ahí que sea necesario excluirlos y asimismo concluir que el doctor Munar no obtuvo la mayoría requerida lo que vicia de nulidad su elección y posterior confirmación.

2.9. De los diecinueve magistrados de la Corte Suprema que intervinieron en la elección del doctor Munar Cadena como magistrado de la Sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, quince tenían prohibido votar por él, pues el antes nombrado había participado en su elección. Solo tres magistrados se abstuvieron de votar, esto es los doctores María del Rosario González, Arturo Solarte y un tercer magistrado cuyo nombre se desconoce [sic]."

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; Martha Teresa Briceño de Valencia; Luis Rafael Vergara Quintero y Alberto Yepes Barreiro.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Incidente de impacto fiscal sobre una acción de grupo	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 25000-23-26-000-1999-00002-05(IJ)	FECHA: 25/11/14
PONENTE: Enrique Gil Botero		ACTOR: Procurador General de la Nación	

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
-----------	--	-----------	----------

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se trata de un incidente de impacto fiscal.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 334 de la Constitución Política y Ley 1695 de 2013.

TEMA PRINCIPAL: Principio de sostenibilidad fiscal.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Naturaleza jurídica, antecedentes, características, desarrollo y efectos del incidente de impacto fiscal.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Decide la Sala Plena del Consejo de Estado, por declaración inicial que se hizo de la *importancia jurídica* de este proceso, y luego por razón de las competencias asignadas por la Ley 1695 de 2013, el *incidente de impacto fiscal* promovido por el Procurador General de la Nación contra los efectos de la sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, el 1 de noviembre de 2012, que declaró la responsabilidad del Distrito de Bogotá."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Y pese a que ni la Constitución ni la ley establecen una noción clara y concreta de *sostenibilidad fiscal* –incluso la literatura económica ofrece una variedad amplia de conceptos–, es claro que, por lo menos, alude al equilibrio que debe existir entre la disponibilidad de recursos para atender las necesidades públicas y los gastos que se pueden atender con ellos, para no incurrir en déficits que produzcan crisis fiscales que no atiendan la prioridad de gasto con los recursos escasos. Por esto, elevar a rango constitucional la *sostenibilidad fiscal*, en el contexto indicado, ayuda a construir políticas públicas serias y maduras que atiendan la necesidad de prevenir esas crisis.

(...)

Por tanto, para darle posición adecuada a la *sostenibilidad fiscal*, en el entramado de la Constitución, ella no significa que someta a su lógica de funcionamiento a los demás principios constitucionales, pues, como lo expresó la Corte Constitucional, en la sentencia citada, que declaró la exequibilidad del Acto Legislativo No. 03 de 2011: "... se tiene que por expresa disposición constitucional, existe una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del gasto público social y la aplicación del marco de SF en la intervención del Estado en la economía. Quiere esto decir que en caso de conflicto entre la aplicación del criterio de la sostenibilidad fiscal y la consecución de los fines estatales prioritarios, propios del gasto público social, deberán preferirse, en cualquier circunstancia, los segundos. De nuevo, esta conclusión es importante, pues deberá ser retomada en el acápite sobre la interpretación sistemática del Acto Legislativo acusado.

(...)

Si bien, no es posible erigir una regla de aplicación, porque cada caso es diferente, es viable formular, ahora, que cuando se encuentren enfrentados el Estado Social de Derecho y el principio de responsabilidad con la sostenibilidad fiscal se tendrá presente que, ante todo, Colombia debe garantizar la protección de los derechos individuales y también los colectivos, el derecho a la indemnización integral y oportuna y al debido proceso sin dilaciones injustificadas, valores suficientes para defender que la sostenibilidad fiscal no se convierta en el primer o más importante criterio de interpretación del derecho, ni en un criterio que someta a los demás valores, porque, según se ha expresado, es a la inversa como se debe hacer el análisis, para bien del sistema de protección de las libertades.

Esta idea de ninguna manera reduce la importancia que tiene el incidente de impacto fiscal, por algo el Constituyente lo incorporó a la Carta Política y la Corte declaró exequible esta modificación. Su valor en el constitucionalismo actual refleja que se trata de un criterio orientador determinante de la acción de las instituciones públicas modernas, de gran importancia, y que sólo cuando se enfrente con los *grandes principios* que también residen en la misma constitución es que debe ponderarse con gran sabiduría, para que la Alta Corte que lo haga balancee correctamente los derechos o valores en juego en cada caso.

De otro lado, constituyendo la *economía* uno de los elementos estructurales de una constitución, con fundamento en la cual se elabora –cuando acoge parte de su contenido–; pero sabiendo que el Derecho también es organizador de la misma Carta Política, la filosofía de ambos se debe ajustar en cada institución que crea el Constituyente, conforme al espacio adecuado que cada una debe ocupar, labor que realizarán conjuntamente el Constituyente, el legislador y también el juez, aquél cuando modificó el art. 334, el otro cuando lo desarrolló –por medio de la ley 1695 de 2013–, y éste por medio de las providencias que aplican la institución.

Desde la anterior perspectiva, y en particular con la óptica de la judicatura, es la ocasión de señalar que la *modulación, modificación* o *diferimiento* de los efectos de una sentencia será valorada -al interior de los incidentes de impacto fiscal- con *criterio restrictivo*, es decir, rige el principio de conservación de la *intangibilidad de la sentencia*, porque en la tensión entre *cosa juzgada* - que incluye el derecho a recibir el pago del perjuicio- y *sostenibilidad fiscal*, por sentido común el deudor debe *esforzarse al máximo* en pagar conforme lo impone la sentencia, en lugar de exigirse al acreedor que posponga su legítima pretensión de que se satisfaga su derecho, así que aquel tiene la carga principal y primera de pagar en los estrictos y precisos términos en que la providencia lo ordena.

(...)

Por lo expresado, ahora es más claro el principio que se instituye en el contexto del nuevo art. 334 de la Constitución: las condenas que imponga esta Corporación se pagarán en la forma que indica la respectiva sentencia; de manera que la difícil situación económica del deudor no exime de esta obligación, ni siquiera una condición financiera aún más compleja rompe este principio; de modo que para pagar al Estado le corresponde apretar sus finanzas, hasta el máximo límite soportable -como lo ha hecho hasta hoy-, para reparar el daño que produjo, porque en lugar de pedir -fácil y graciosamente- plazo para pagar, primero tiene la obligación de indemnizar al afectado en la forma que indicó el juez. Sólo cuando se superen los límites soportables de lo que en derecho económico se denomina *sostenibilidad fiscal*, se quebrará el sagrado principio de honrar las deudas en la forma en que lo ordenan las sentencias, que -no se olvide- personifican la justicia de un caso particular, cuya demora en repararse siempre producirá más daños de los que ya se causaron a la víctima. Pedirle a ésta que soporte un tiempo más es, en principio, un atrevimiento que exige mesura para imponerlo. Admitir que el Estado posponga un solo día el justo pago de la indemnización del daño que produjo resulta, en principio, injustificado en un Estado Social de Derecho."

FUENTES: Artículo 334 de la Constitución Política y Ley 1695 de 2013.

DECISIÓN:

"Primero: Consérvase la sentencia el 1 de noviembre de 2012, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que declaró la responsabilidad del Distrito de Bogotá y de Prosantana; pero *modúlase* la decisión cuarta, para efectos de su adecuado cumplimiento, en los siguientes términos:

"CUARTO.- Como consecuencia de la orden anterior, DISPÓNESE que a más tardar al 31 de diciembre de 2014, por lo menos el 50% del monto de la indemnización colectiva objeto de esta condena será entregado al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos administrado por el Defensor del Pueblo, y a cargo del cual se pagarán las indemnizaciones, según lo ordenado en el artículo 65-3 de la Ley 472 de 1998. La suma restante se desembolsará a más tardar al 31 de enero de 2015.

"Dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se realice la primera consignación al fondo mencionado, los actores miembros del grupo deberán acreditar ante el defensor del Pueblo, con prueba idónea, su pertenencia a uno de los subgrupos de acuerdo con los requerimientos establecidos en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Ordénase al Distrito de Bogotá actualizar el monto de la condena, desde la fecha de la sentencia proferida por el Consejo de Estado y hasta el día en que haga cada desembolso, según la fórmula que emplea el Consejo de Estado.

Tercero: Una vez ejecutoriada remítase a la Secretaría de la Sección Tercera."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"El Alcalde Mayor de Bogotá presentó al Procurador General de la Nación una solicitud de apertura del *incidente de impacto fiscal* contra los efectos de la sentencia proferida en el proceso de acción de grupo No. 25000-23-26-000-1999-00002-04, con el fin de que se estudie la modulación de la condena impuesta al Distrito".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Gerardo Arenas Monsalve; Hugo Fernando Bastidas; Stella Conto Díaz del Castillo; María Elizabeth García G.; Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; Guillermo Vargas Ayala; Danilo Rojas Betancourth; Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Ramiro Pazos Guerrero y Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Incidente de impacto fiscal sobre una acción de grupo	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-25-000-2011-00316-00(SU)	FECHA: 09/08/16
PONENTE: William Hernández Gómez (E)		ACTOR: Piedad Esneda Córdoba Ruiz	
DEMANDADO: Nación - Procuraduría General de la Nación			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Reconocimiento de prestaciones sociales y salarios.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículos 118, 123, 276 numeral 6 de la Constitución Política; ordinal 1 del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Ley 734 de 2002.

TEMA PRINCIPAL: Alcance del juicio de legalidad de los actos administrativos disciplinarios. Decisiones disciplinarias no se asimilan a las judiciales. Competencia disciplinaria de la Procuraduría para adelantar procesos disciplinarios contra servidores públicos de elección popular. Potestad sancionadora, competencia de la Procuraduría General en materia disciplinaria, valor probatorio de las pruebas obtenidas en el extranjero.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Alcance de la destitución e inhabilidad de los senadores.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La Procuraduría General de la Nación no cuenta con la competencia para restringir el ejercicio de los derechos políticos de los servidores elegidos por voto popular, porque en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tal limitación sólo puede ser decretada a través de un proceso judicial de carácter penal. Por otro lado, la Viceprocuradora General de la Nación no estaba legalmente facultada para resolver sobre la recusación formulada en contra del Procurador General, en los términos del artículo 88 del Código Disciplinario Único. Finalmente, son ilegales las pruebas provenientes de la "Operación Fénix", en las que se fundamentó la sanción disciplinaria impuesta a la senadora Piedad Esneda Córdoba Ruiz."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"El control que la jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce sobre los actos administrativos disciplinarios, es *integral*. Ello, por cuanto la actividad del juez de lo contencioso administrativo supera el denominado control de legalidad, para en su lugar hacer un juicio sustancial sobre el acto administrativo sancionador el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado por el prisma de los derechos fundamentales.

Las principales razones en las que se fundamenta esta sentencia de unificación, son las siguientes:

La función disciplinaria constituye una manifestación de la potestad sancionadora del Estado (*ius puniendi*), en la vertiente denominada derecho administrativo sancionador, el cual se desdobra en tres modalidades: (i) *Contravencional*. (ii) *correccional*. (iii) *Disciplinaria*.

(...)

De ahí que no pueda sostenerse válidamente que existe una limitación al juez de lo contencioso administrativo frente a su competencia para la revisión de la legalidad y constitucionalidad de la actuación de las autoridades como titulares de la acción disciplinaria, en el ámbito de la función pública que le corresponde.

(...)

Lo anterior significa que no escapa a esta órbita de control el juicio de legalidad y constitucionalidad de los actos de contenido disciplinario que profiere la administración pública. En efecto, las investigaciones disciplinarias adelantadas por los titulares de la acción disciplinaria, según lo indicado en el artículo segundo de la Ley 734, son de naturaleza administrativa. En consecuencia, las decisiones definitivas allí proferidas pueden ser impugnadas ante esta jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 de la Ley 1437.

(...)

Ha de concluirse que el control judicial es integral, lo cual se entiende bajo los siguientes parámetros: 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin "*deferencia especial*" respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva.

En ejercicio del juicio integral, tal y como acontece en el presente caso, el juez de lo contencioso administrativo puede estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria.

(...)

Se recuerda que en sentencia SU-355 de 2015 se reiteró la posición respecto de la competencia de la Procuraduría General de la Nación, inclusive en los casos de servidores públicos elegidos por voto popular, a propósito de la sanción de destitución e inhabilidad impuesta al Alcalde Mayor del Distrito Capital de Bogotá, Gustavo Francisco Petro Urrego.

En esa oportunidad, explicó la Corte Constitucional que con fundamento en los artículos 277 y 278 superiores, y según lo decidido en las sentencias C-028 de 2006 y C-500 de 2014: i) Es constitucionalmente válida la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos incluidos los de elección popular y ii) es incuestionable la validez de la referida competencia de la Procuraduría ante la existencia de cosa juzgada constitucional.

Por su parte, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado acogió los argumentos expuestos por la Corte Constitucional y concluyó que la Procuraduría General de la Nación sí tiene competencia para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos de elección popular. Decisión que también se sustenta en punto de los artículos 118, 123, 276 numeral 6 de la Constitución Política.

En consecuencia, no prospera el cargo de incompetencia esbozado por el apoderado de la parte demandante, razón por la cual el problema jurídico planteado será resuelto de manera positiva, es decir, que el Procurador General de la Nación sí tenía y tiene la competencia para investigar y sancionar disciplinariamente a la actora Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

[...]

Por último, respecto de la irregularidad argüida por la supuesta falta de competencia de la Viceprocuradora General de la Nación para resolver la recusación rechazada por el Procurador General de la Nación y la suerte del recurso de reposición contra la decisión sancionatoria, porque no existe norma expresa que regule tal situación, la Corte Constitucional en la sentencia C-1076 de 2002, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, al estudiar el artículo 88 de la Ley 734 de 2002, concluyó que resultaba ajustado a la Constitución y acorde con el querer del legislador que el Viceprocurador asuma el conocimiento de los asuntos en los que el Procurador se declare impedido o es recusado y se acepte la recusación. En igual sentido lo es para resolver la recusación cuando la misma no es aceptada.

[...]

En el caso bajo examen, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera que las pruebas en que se fundó la decisión sancionatoria del Procurador General de la Nación, son ilegales y por tanto dejan de ser válidas, razón suficiente para declarar la nulidad del acto sancionatorio, por violación flagrante del debido proceso.

[...]

Las razones aquí expuestas coinciden con lo indicado en el auto del 18 de mayo de 2011, proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se pronunció sobre la ilegalidad de las pruebas obtenidas en la "Operación Fénix". La providencia concluyó que las pruebas allí recaudadas no podían ser el soporte de ninguna investigación, ni sanción penal, por haber sido obtenidas con violación del debido proceso, dado que fueron conseguidas en territorio extranjero con desconocimiento del tratado internacional suscrito entre Colombia y Ecuador sobre cooperación judicial."

FUENTES: Artículos 118, 123, 276 numeral 6 de la Constitución Política; Ley 734 de 2002 y Ley 906 de 2004.

DECISIÓN:

"Primero: Se unifica el alcance del control judicial de los actos administrativos proferidos por los titulares de la acción disciplinaria regulada en la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

1. La jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce el control judicial integral de los actos administrativos sancionatorios, proferidos por los titulares de la acción disciplinaria regulada en la ley 734, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.
2. El control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, constituye el recurso judicial efectivo en los términos del ordinal 1 del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así mismo, se advierte a la comunidad en general, que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación constituyen precedente y tendrá aplicación en las decisiones judiciales que se profieran a partir de la fecha.

Segundo: Se declara la nulidad de: (i) el acto administrativo sancionatorio de 27 de septiembre de 2010, proferido por el Procurador General de la Nación, mediante el cual se impuso sanción de destitución del cargo e inhabilidad general por el término de 18 años a la señora Piedad Esneda Córdoba Ruiz y (ii) de la decisión del 27 de octubre de 2010 por medio de la cual el Procurador General de la Nación resolvió el recurso de reposición y confirmó en su integridad la decisión sancionatoria.

Tercero: Se ordena oficiar a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación para que inscriba esta decisión en el Sistema de Información de Registro de Sanciones e Inhabilidades (SIRI) y en consecuencia elimine la anotación de las sanciones disciplinarias impuestas.

Cuarto: Se ordena a la Procuraduría General de la Nación, que a título de indemnización, pague a la demandante lo equivalente a los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre el 3 de noviembre de 2010 y el 19 de julio de 2014, día en que finalizó la legislatura 2010-2014 (período constitucional para el cual fue elegida). En todo caso y de haber quedado ejecutoriada otra sanción disciplinaria en su contra que implique retiro del servicio, el pago de la indemnización solamente se causará hasta la fecha en que dicha decisión se haya hecho efectiva.

Las sumas ordenadas serán indexadas teniendo en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva.

Quinto: Se niegan las demás pretensiones de la demanda."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"La señora Piedad Esneda Córdoba Ruiz fue elegida como senadora de la República de Colombia para el período comprendido entre el 20 de julio de 2010 y 19 de julio de 2014 (f. 328 del cuaderno N.º 1).

- La Procuraduría General de la Nación mediante auto del 13 de noviembre de 2008, inició de oficio investigación disciplinaria en contra de la señora Piedad Esneda Córdoba Ruiz, con fundamento en los documentos hallados e incautados en la "Operación Fénix", los cuales, al parecer, daban cuenta de presuntos vínculos de la entonces senadora de la República con grupos al margen de la ley.

- El Procurador General de la Nación mediante decisión de única instancia, fechada el 27 de septiembre de 2010, le impuso a la aquí demandante sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 18 años, al encontrarla responsable de la conducta prevista en el ordinal 12 del artículo 48 del Código Disciplinario Único.
- El Procurador General de la Nación no aceptó la recusación formulada en su contra por la aquí accionada. La Viceprocuradora declaró infundada la recusación.
- El 27 de octubre de 2010, el Procurador General de la Nación decidió el recurso de reposición y confirmó en su integridad el acto administrativo recurrido.
- El 3 de noviembre de 2010 el Senado de la República ejecutó la sanción disciplinaria impuesta a la accionante consistente en la destitución del cargo que como senadora de la República venía desempeñando".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Sandra Lisset Ibarra Vélez; Stella Conto Díaz del Castillo; Rocío Araujo Oñate; William Hernández Gómez; María Claudia Rojas Lasso; Guillermo Vargas Ayala; Gabriel Valbuena Hernández; Martha Teresa Briceño de Valencia; Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; María Elizabeth García González y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Ficha
No. 12

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad electoral	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-28-000-2013-00011-00(IJ)	FECHA: 07/09/16
PONENTE: Rocío Araújo Oñate		ACTOR: Rodrigo Uprimny Yepes y otros	
DEMANDADO: Acto de reelección de Alejandro Ordóñez Maldonado, Procurador General de la Nación.			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
-----------	----------	-----------	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a acceder a elegir y ser elegido.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Artículo 126 de la Constitución Política.**TEMA PRINCIPAL:** Régimen de inhabilidades para Procurador General de la Nación. Acceso a cargos públicos.**TEMAS COMPLEMENTARIOS:** Corte Suprema de Justicia: competencia para intervenir en la designación del Procurador General de la Nación. Conflicto de intereses: elección de familiares por quien ternan, elección de familiares por quien ternan.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Se discute la legalidad de la elección del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, contenida en el Acta No. 33 del 27 de noviembre de 2012.

Como se explicó arriba, demandantes de los Procesos 2013-00011 y 2013-00012 solicitaron que junto con el acto de elección se declarara la nulidad del acto mediante el cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia ternó al demandado como candidato al cargo de Procurador General de la Nación.

Como se puede observar, el acto descrito es de aquellos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han denominado de trámite, comoquiera que la legalidad de este tipo de actos solo puede estudiarse a través del control al acto definitivo su examen, en este caso, se hará lo propio al estudiar la legalidad del acto de elección contenido en el Acta No. 33 del 27 de noviembre de 2012".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Corresponde analizar el alcance normativo que tiene dicha disposición, cuestión que no es nueva para esta Corporación, toda vez que ya la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencias de unificación de jurisprudencia, había abordado el asunto.

En esta ocasión, la Sala reitera los presupuestos axiológicos y normativos expuestos en dichas providencias de unificación, orientados a preservar los valores democráticos de participación, en condiciones de igualdad, responsabilidad y transparencia, toda vez que las pautas que allí se fijaron constituyen precedente a la luz de los artículos 10, 111, inciso 3 y 271 de la ley 1437 de 2011.

(...)

Sea lo primero advertir que uno de los ejes y fundamentos principales sobre los cuales se cimentó la Constitución Política de 1991 fue el de evitar y eliminar del ordenamiento jurídico colombiano fenómenos como el nepotismo y el clientelismo, pues el cambio constitucional tenía como objetivo propender por un sistema más democrático y transparente en el cual el acceso a los diferentes cargos del Estado, se hiciera no sólo en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos, sino que además permitiera una transformación radical para dejar de lado los favoritismos e incentivar que en la función pública prevalecieran valores como el mérito, la transparencia y la igualdad.

La disposición transcrita contiene diversos mandatos en cuanto a las actuaciones que se encuentran prohibidas a los servidores públicos. En efecto, el artículo 126 Superior proscribire tres eventos distintos de clientelismo, nepotismo e intercambio de favores.

(...)

Es claro que el artículo 126 Superior, como todos los postulados contenidos en la Constitución, es plenamente vinculante para todos los poderes públicos, sin que haya argumento que pueda excusar o mitigar su transgresión, pues en todo caso prima la finalidad pretendida por el constituyente al consagrar la prohibición.

Resulta indispensable precisar, como lo hizo la Corporación en las sentencias de unificación del 15 de julio de 2014 y 11 de noviembre de ese mismo año, que en esta oportunidad se reiteran, que el artículo 126 es una norma que fija límites y restricciones al actuar de los servidores públicos, entendiendo que en la función pública "*no todo vale*".

(...)

De lo hasta acá expuesto puede, válidamente, concluirse que: (i) el artículo 126 de la Constitución Política contiene una prohibición inhabilitante, (ii) la norma superior no contiene restricción alguna de tipo temporal, y (iii) su materialización responde a circunstancia de tipo objetivo.

En otras palabras, del artículo 126 de la Carta Política pueden inferirse estas reglas:

- a. Prohibición de nombrar a los familiares en los grados previstos en la norma.
- b. Prohibición del "yo te elijo, tú me eliges", pues está proscribido al servidor público, directamente o por indirecta persona nombrar, elegir, designar, postular a los familiares de aquellas personas que lo eligió, nombró, postuló o designó.
- c. Prohibición de "tu nombras a mis familiares, luego yo te nombro, designo, postulo o elijo".

Está prohibido al servidor público directamente o por interpuesta persona designar, postular, nombrar, elegir a quien con anterioridad o posterioridad lo designó, nombró, eligió o postuló a sus parientes en los grados referidos en la norma.

Esas reglas, naturalmente, se extraen desde la perspectiva gramatical, histórica y teleológica del artículo 126 primigenio, como del modificado por el Acto Legislativo No. 02 de 2015, ya que es claro que su propósito primordial fue y es el de erradicar del ámbito estatal ese *"intercambio"* recíproco de favores que caracteriza al clientelismo y/o el favorecimiento a los parientes que caracteriza al nepotismo. En otras palabras, se buscó evitar la transacción de cuotas personales como determinantes en el acceso a los cargos públicos."

FUENTES: Artículo 126 de la Constitución Política.

DECISIÓN:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto por el cual el Senado de la República eligió al doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación, contenido en el Acta de sesión plenaria del Senado del 27 de noviembre de 2012.

SEGUNDO: Advertir a los sujetos procesales que contra la presente providencia no procede recurso alguno".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"La parte actora expuso, en síntesis, los siguientes hechos:

1. El artículo 276 de la Constitución Política dispone que el Procurador General de la Nación será nombrado por el Senado de la República de terna integrada por candidatos postulados por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.
2. Como consecuencia del anterior mandato constitucional, la Corte Suprema de Justicia adelantó los trámites pertinentes con el fin de postular a un candidato que integraría la terna de la cual el Senado elegiría al supremo director del Ministerio Público.
3. Los Magistrados Ruth Marina Díaz Rueda, Javier Zapata Ortiz y Jorge Mauricio Burgos Ruiz de la Corte Suprema de Justicia manifestaron encontrarse impedidos para participar en la decisión de elegir candidato por dicha Corporación para que conformara la terna de Procurador General de la Nación, en virtud de contar con familiares laborando en dicho ente de control.
4. El 30 de agosto de 2012 la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia no aceptó los impedimentos expuestos por los Magistrados Ruth Marina Díaz Rueda, Javier Zapata Ortiz y Jorge Mauricio Burgos Ruiz y postuló al cargo de Procurador General de la Nación periodo 2013-2017 al Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, quien para la fecha desempeñaba el cargo mencionado.
5. Al Senado de la República fueron presentados como candidatos para la elección de Procurador General de la Nación los doctores Alejandro Ordóñez Maldonado por la Corte Suprema de Justicia, Orlando Gallo Suárez por el Consejo de Estado y María Mercedes López Mora por la Presidencia de la República.

6. En sesión del 27 de noviembre de 2012 del Senado de la República se declararon impedidos para intervenir en la elección del Procurador General de la Nación los Senadores Édgar Espíndola, Daría Galvis, Milton Rodríguez, Juan Carlos Vélez, Héctor Julio Alfonso, Luis Fernando Velasco, Musa Besaile, Alexander López Maya, Armando Benedetti, Álvaro Ashton, Karime Mota, Eduardo Enríquez, Hernán Andrade, Myriam Paredes, Jorge Londoño, Gloria Inés Ramírez, Honorio Galvis, Martín Morales, Carlos Baena, Astrid Sánchez, Nora García, Sammy Merheg, Mauricio Ospina, Antonio Guerra, Jorge Hernando Pedraza, Efraín Torrado, Fuad Char, Félix Valera, Maritza Martínez, Óscar Mauricio Lizcano, Fernando Tamayo, Juan Lozano, Juan Fernando Cristo, Jesús Ignacio García, Carlos Ferro, Manuel Guillermo Mora, Jaime Durán, Jorge Hernando Pedraza, José Francisco Herrera.
7. La subcomisión del Senado de la República, conformada por los congresistas Juan Carlos Restrepo Escobar, José Iván Clavijo Contreras, Luis Fernando Duque García, Samuel Benjamín Arrieta Buelvas, Iván Leónidas Name Vásquez y Manuel Mesías Enríquez Rosero, conceptuó negar los impedimentos presentados por los senadores señalados en el punto anterior, lo cual fue acogido por la Plenaria de dicha Cámara.
8. El 27 de noviembre de 2012 María Mercedes López Mora, candidata postulada por el Presidente de la República, renunció a la terna.
9. El Senado de la República, en sesión plenaria del 27 de noviembre de 2012, eligió al Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado como Procurador General de la Nación para el período 2013-2017 con 80 votos de los 93 emitidos. El resto de los votos emitidos quedaron distribuidos así: 6 votos en blanco, 5 votos para María Mercedes López Mora, 2 votos para Orlando Gallo Suárez."

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Hernán Andrade Rincón; Rocío Araújo Oñate; Hugo Bastidas; Lucy Jeannette Bermúdez B.; Martha Teresa Briceño de Valencia; Stella Conto Díaz del Castillo; William Hernández Gómez; Sandra Lisset Ibarra Vélez; Carlos Enrique Moreno Rubio; Ramiro Pazos Guerrero; César Palomino Cortés; Carmelo Perdomo Cuéter; María Claudia Rojas Lasso; Guillermo Sánchez Luque; Guillermo Vargas Ayala; Gabriel Valbuena Hernández; Alberto Yepes Barreiro; Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Ficha
No. 13

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad electoral	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ) ACUMULADO 11001-03-28-000-2016-00024-00	FECHA: 23/05/17
PONENTE: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez		ACTOR: Miguel Antonio Cuesta Monroy y otro	

DEMANDADO: Guido Echeverri Piedrahíta

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque no se accedió a las pretensiones de la demanda.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Artículo 330 de la Constitución política.**TEMA PRINCIPAL:** Efectos de los fallos que declaran la nulidad del acto de elección o de cualquier otro frente a la confianza legítima.**TEMAS COMPLEMENTARIOS:** Prohibición de reelección de gobernadores. Circunstancias de inelegibilidad: falta de requisitos. Falta de requisitos para acceder al cargo: diferencias con las prohibiciones.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Determinar si de conformidad con las causales contenidas en los artículos 137 y 275.5 del CPACA, el acto de elección de GUIDO Echeverri Piedrahíta como gobernador del departamento de Caldas para el período 2016-2019, contenido en el respectivo formulario E-26 GOB, es nulo por (i) infracción de las normas en las que debía fundarse –artículos 125, 197, 303 y 304 de la Constitución, así como el 31.7 de la Ley 617 de 2000– y por (ii) recaer en persona incurso en causal de inhabilidad. Todo lo anterior, considerando que el demandado había sido elegido para el mismo cargo en el período inmediatamente anterior (2012-2015)".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"La Sala considera necesario analizar el comportamiento de la jurisprudencia en relación con dos aspectos que resultan cardinales para resolver el problema jurídico del presente proveído: (i) la prohibición de reelección inmediata contenida en el artículo 303 de la Constitución Política y (ii) los efectos de los fallos que declaran la nulidad del acto de elección o de cualquier otro.

(...)

para esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo es claro, de un lado, que (i) no existe identidad de supuestos fácticos o jurídicos entre los casos resueltos en aquellas providencias y el asunto de la referencia, en cuanto concierne a los elementos propiamente dichos de la prohibición contenida en el artículo 303 superior; y del otro, que, (ii) a pesar de ello, sí existe una línea sólida y pacífica en torno a los efectos *ex tunc* que emergen de las sentencias que declaran la nulidad de un acto de elección.

Lo primero, porque los casos abordados por la jurisprudencia difieren del presente en el **marco jurídico** aplicado –especialmente en cuanto a las disposiciones sobre el tipo de período, vigentes al momento en que se profirieron los correspondientes actos de elección acusados–, en la **finalidad** de las causales de inelegibilidad otrora precisadas –garantizar la igualdad, la moralidad, la idoneidad, la legitimidad, etcétera– o en el tipo y forma de **nominación** –voto popular o no–; todo lo cual resulta determinante al momento de definir el alcance de las normas que se reputan infringidas en el asunto de la referencia.

Lo segundo, en la medida en que en todas las providencias reseñadas existe un común denominador, y es el siguiente: en aquellos casos en los que, para demostrar en nulidad electoral la estructuración de determinada circunstancia de inelegibilidad, algún demandante ha querido atribuir valor material a un acto de elección que posteriormente fue anulado, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha entendido como inexistente ese supuesto, bajo la lógica de que en virtud de una providencia judicial anterior se resolvió que aquel no nació a la vida jurídica.

En lo que atañe a las diferentes Secciones que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la posición jurisprudencial frente al carácter retroactivo de los efectos de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos ha sido una constante, que confirma la tesis sostenida por el Pleno de la corporación en el año de 1915, formulada en los siguientes términos:

"[...] la nulidad [...] produce el resultado de que las relaciones jurídicas de las partes, vuelvan al estado que tenían antes del acto o contrato nulo. [...] Por tanto, declara la nulidad de una ordenanza por la autoridad de lo contencioso administrativo [...] necesariamente deben reestablecerse las cosas, en lo que sea físicamente posible, al estado que tenían antes de la vigencia de la ordenanza, esto es, se consideran inválidos los efectos producidos por ella."

(...)

Así las cosas, el estudio jurisprudencial de las diferentes decisiones proferidas por las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado permiten arribar a una conclusión: el vacío legislativo en relación con los efectos de las declaratorias de nulidad de los actos administrativos, ha sido suplido por parte de la jurisprudencia en el entendido de que éstos son retroactivos, sin que por ello puedan obviarse ciertas menciones esporádicas a tesis contrarias.

(...)

Ese entendimiento, al ser propio de los efectos de todas las sentencias que declaran la nulidad, es transversal al ordenamiento jurídico y, por ende, tal y como está plasmado, se convierte en un elemento inherente a la misma y de forma inexorable condiciona la aplicación de todas las circunstancias de inelegibilidad y dentro de las cuales, naturalmente, se encuentra la prohibición contenida en el artículo 303 de la Constitución Política.

Pues, para que esta prohibición se configure es necesario (i) que alguien sea elegido Gobernador para determinado período institucional y (ii) que esa misma persona sea elegida para el período institucional siguiente; entonces, es claro que, cuando por causa de una sentencia judicial la primera elección dejó de existir, desaparece el primer supuesto de la prohibición, por ende, la no infracción de la norma constitucional no sobrevendrá por el simple hecho de acaecer el mencionado segundo presupuesto material.

Esto es así porque los elementos de cualquier circunstancia de inelegibilidad son concurrentes, es decir, que su estructuración depende de que se verifiquen todos sus ingredientes, pues, a falta de uno, esta no tendría el potencial de constituirse en un verdadero límite al derecho fundamental a elegir y ser elegido [art. 40 C. P.].

Y particularmente, en tratándose de la acción de nulidad electoral desarrollada en el artículo 139 del CPACA, es menester recabar en que su consolidación se mira es en punto al acto de elección respecto del cual se predica el quebrantamiento del orden jurídico.

En otras palabras, la legalidad del acto enjuiciado debe mirarse en perspectiva con lo que era legal –en sentido amplio– en el momento en que nació a la vida jurídica.

Dentro de esa lógica, no puede considerarse *contra legem* que el acto de elección del ciudadano Guido Echeverri Piedrahíta haya surgido bajo el imperio de una prohibición alcanzada por una interpretación judicial sobre los efectos, *ex tunc* de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, que constituía un auténtico precedente para el caso en cuestión, conforme con el cual la nulidad de su elección para el período constitucional 2012-2015, aparejó el desvanecimiento de uno de los elementos configuradores de la prohibición de reelección inmediata respecto del período 2016-2019, habida cuenta que, si por una orden judicial se tuvo que nunca hubo una primera elección, entonces mal podría hablarse de “reelección”; máxime cuando tal providencia en ningún momento señaló una consecuencia distinta a la que históricamente ha expresado la Corporación en relación con los alcances del fallo.

En ese orden de cosas, es claro que no están llamados a prosperar **los cargos planteados en relación con la presunta infracción de las normas en las que debía fundarse** –artículos 125, 197, 303 y 304 de la Constitución, así como el 31.7 de la Ley 617 de 2000– el acto de elección enjuiciado, así como el **recaer en persona incurso en causal de inhabilidad**. Todo lo anterior, considerando que a la luz de la jurisprudencia constitucional y contenciosa, el demandado nunca fue elegido para el mismo cargo en el período inmediatamente anterior (2012-2015); que era en últimas, la condición necesaria para la confrontación del caso con cualquiera de los mencionados artículos. Por tal motivo, esta Sala considera que es lo propio negar las pretensiones de las demandas de nulidad electoral”.

FUENTES: Artículos 40 y 303 de la Constitución Política; artículo 139 del CPACA.

DECISIÓN:

"Primero: **NEGAR** las pretensiones de las demandas de nulidad electoral promovidas por los ciudadanos Miguel Antonio Cuesta Monroy y Rafael Calixto Toncel Gaviria".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"El señor Miguel Antonio Cuesta Monroy solicitó la anulación del acto declaratorio de elección del señor Echeverri Piedrahíta como Gobernador del Departamento de Caldas, para el periodo 2016-2019, contenido en el documento E26 GOB de 3 de noviembre de 2015. Como sustento de la demanda alegó que el acto acusado estaba viciado de nulidad, por lo siguiente:

- a. El demandado fue elegido Gobernador, para el período constitucional **2012-2015**, por la coalición de partidos y movimientos Alianza Gobierno de Todos y para Todos, por lo que ejerció en propiedad el cargo desde el 1 de enero de 2012 hasta el 27 de junio de 2013.
- b. El Tribunal Administrativo de Caldas, en sentencia de 28 de junio de 2012 (exp. 20110063400 y 20110063700) anuló el acto de elección del señor Echeverri Piedrahíta como Gobernador para el periodo 2012-2015, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado mediante sentencia de 6 de mayo de 2013, quedando notificada y ejecutoriada.
- c. El demandado se inscribió como candidato a Gobernador del Departamento de Caldas, período 2016-2019, por el movimiento Caldas Territorio de Oportunidades.
- d. El 11 de septiembre de 2015, se solicitó al Consejo Nacional Electoral (CNE) la revocatoria de la inscripción del candidato a la Gobernación, la cual fue negada mediante Resolución 2736 de 2015.
- e. El 3 de noviembre de 2015, se declaró la elección del señor Echeverri Piedrahíta como Gobernador de Caldas 2016-2019.
- f. Acorde con lo anterior, aquel incurrió en la violación del artículo 303 de la Constitución Política respecto a la prohibición de **reelección en el periodo siguiente**.

Con base en los anteriores argumentos el accionante solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto declaratorio de elección del señor Echeverri Piedrahíta como Gobernador del Departamento de Caldas, contenido en el formulario E26 GOB de 3 de noviembre de 2015".

Y el señor Rafael Calixto Toncel Gaviria requirió, igualmente, la anulación del formulario E26 GOB de 3 de noviembre de 2015, mediante el cual se declaró la elección del señor Echeverri Piedrahíta como Gobernador del Departamento de Caldas.

Como sustento de la demanda alegó que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad, por la causal 5 del artículo 275 del CPACA, toda vez que el Gobernador elegido está inmerso en la inhabilidad consagrada por el artículo 303 Superior de conformidad con la cual: "*Los gobernadores serán elegidos popularmente para periodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el periodo siguiente*".

El demandante pone de presente que el actual Gobernador, recientemente elegido para el periodo 2016-2019, previamente, había sido elegido para el periodo 2012-2015, por lo que está inmerso en la prohibición especial que al efecto establece la Constitución Política".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Jorge Octavio Ramírez; Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; Stella Jeannette Carvajal Basto; Stella Conto Díaz Del Castillo; María Elizabeth García González; César Palomino Cortés; Carmelo Perdomo Cueter; Jaime Enrique Rodríguez Navas; Danilo Rojas Betancourth; Guillermo Sánchez Luque; Roberto Augusto Serrato Valdés; Gabriel Valbuena Hernández; Marta Nubia Velásquez Rico; Hernán Andrade Rincón; Rocío Araújo Oñate; Sandra Lisset Ibarra Vélez; Carlos Enrique Moreno Rubio; Ramiro Pazos Guerrero; Hernando Sánchez Sánchez; Jaime Santofimio Gamboa; Rafael Francisco Sánchez Vargas; Alberto Yepes Barreiro Y Carlos Alberto Zambrano Barrera.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ)	FECHA: 15/11/17
PONENTE: César Palomino Cortés		ACTOR: Gustavo Francisco Petro Urrego	
DEMANDADO: Nación – Procuraduría General de la Nación			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Pago de salarios y prestaciones sociales.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por la Ley 16 de 1972; Artículos 9,40,122,172,177,191,277,278 de la Constitución Política; artículos 44, 45, 48 del Código Disciplinario Único; Ley 142 de 1994.

TEMA PRINCIPAL: Restricción de Derechos Políticos. Destitución e inhabilidad. Competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar funcionarios públicos de elección popular.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Competencia de las autoridades administrativas para restringir los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular. Ilegalidad por los vicios en el proceso de adecuación típica de la conducta por sanción administrativa. Proceso disciplinario. Valoración de testimonios.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Se instaura demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contra los actos administrativos proferidos el 9 de diciembre del 2013 y 13 de enero del 2014 por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, mediante los que se declaró, respectivamente, responsable disciplinariamente al demandante y se lo sancionó con destitución e inhabilidad general por quince (15) años, y se confirmó en sede de reposición.

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"En materia de restricción de los derechos políticos consagrados en el artículo 40 constitucional, el artículo 98 ibídem señala que la ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley. La suspensión de la ciudadanía por decisión judicial implica necesariamente la restricción de los derechos políticos. Pero, además de la suspensión de la ciudadanía como restricción de los derechos políticos, la Carta Política señala una serie de eventos que limitan el ejercicio de los derechos políticos, entre los que se pueden mencionar, entre otros, el artículo 122, por la comisión de delitos y los artículos 172, 177 y 191, por razón de la nacionalidad y la edad.

(...)

La destitución e inhabilidad general y la suspensión y la inhabilidad especial también son claras restricciones a los derechos políticos, teniendo en cuenta que implican, de una parte, la terminación de la relación del servidor público con la administración, entre otros, de los elegidos popularmente y, de otra, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, aún de elección popular.

(...)

El artículo 278 ibídem impone al Procurador General de la Nación ejercer de manera directa, entre otras, la función de "1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley, derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones, obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional, obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo". En desarrollo de esta competencia, el Procurador General de la Nación se encuentra facultado para sancionar a los servidores públicos, incluso los de elección popular, con "destitución e inhabilidad general, cuando cometen faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima", o con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas, o con inhabilidad permanente "cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado", conforme con el artículo 44, numerales 1 y 2, y 46 de la Ley 734 del 2002, implicando ello una restricción al ejercicio de los derechos políticos de los elegidos popularmente.

(...)

Retomando el criterio integrador plasmado por la Corte Constitucional en Sentencia C-028 del 2006, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado considera que, de acuerdo con la ratio decidendi de este pronunciamiento, la regla jurisprudencial que de allí se desprende es que la competencia que se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a funcionarios públicos de elección popular se ajusta al artículo 23.2 de la CADH solo en cuanto que la actuación del órgano de control se encamine a prevenir hechos de corrupción o a conjurar actos de servidores públicos que promuevan y constituyan casos reprochables de corrupción, función que desarrolla en cumplimiento de los fines previstos internacionalmente, entre ellos, la obligación adquirida por el Estado Colombiano en tratados de lucha contra la corrupción. Regla jurisprudencial que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, conforme con el artículo 243 de la Constitución Política, que señala que

los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Sin embargo, la Corte Constitucional en los pronunciamientos de constitucionalidad C-028 del 2006 y C-500 del 2014 no examinó los preceptos y normas que prevén las competencias de la Procuraduría General de la Nación frente a la posibilidad de sancionar con destitución e inhabilidad, para el ejercicio de derechos políticos, a funcionarios de elección popular que se encuentren inmersos en conductas contrarias a Derecho, pero que no constituyen per se casos reprochables de corrupción o constitutivos de tales actividades, de tal manera que, en ese sentido, corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, como juez de convencionalidad, examinar, para este proceso, la competencia de la Procuraduría General de la Nación a la luz de las normas convencionales y, si es del caso, inaplicar aquellas disposiciones de orden interno que no se acompañen con el precepto establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(...)

Colombia, como Estado parte del Pacto de San José de Costa Rica celebrado en 1969, se obliga a "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social", conforme al artículo 1 de la Convención, de tal manera que "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

(...)

Un control de convencionalidad del artículo 44.1 de la Ley 734 del 2002, fundamento sancionatorio en el presente caso, permite advertir una incompatibilidad entre tal disposición y el artículo 23.2 convencional y concluir, de manera diáfana, que la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer una sanción que restringiera, casi que a perpetuidad, los derechos políticos de una persona para ser elegida en cargos de elección popular, como también para separarlo del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá para el que fue elegido mediante sufragio universal.

(...)

La interpretación que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado hace del artículo 277 de la Constitución Política, en su numeral 6, que dispone como una de las funciones del Procurador General de la Nación la de "ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley", debe corresponder a una hermenéutica que mejor armonice con la protección de los derechos humanos, en aplicación del principio de favorabilidad o pro hominem, en este caso, de los derechos políticos de los servidores de elección popular. Derechos que, conforme con el artículo 23.2 de la CADH, no pueden ser restringidos sino por un funcionario con jurisdicción, mediante una sentencia judicial dictada dentro de un proceso de la misma naturaleza. De acuerdo con lo anterior, el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Política debe interpretarse así: "las respectivas sanciones" que puede imponer el Procurador General de la Nación "conforme a la Ley",

tratándose de servidores públicos de elección popular, como resultado de una investigación disciplinaria cuyo origen no se trate de conductas constitutivas de actos de corrupción, son todas aquellas establecidas en el ordenamiento interno, distintas a las señaladas en el artículo 44 del CDU, que implican restricción de derechos políticos de tales servidores, como la destitución e inhabilidad general (numeral 1) y la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial (numeral 2).

(...)

Conforme con lo dicho, la Procuraduría General de la Nación mantiene incólume sus funciones de investigación y sanción a servidores públicos de elección popular. No obstante, no le está permitido sancionar con destitución e inhabilidad o suspensión e inhabilidad para el ejercicio de derechos políticos a servidores públicos elegidos popularmente por conductas diferentes a las catalogadas como actos de corrupción, pues, en esos casos, corresponderá a la Procuraduría General de la Nación poner en conocimiento de la justicia penal, para que en un debido proceso se imponga una condena, si el hecho amerita ser sancionado penalmente por la actuación del servidor.

(...)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fijó el alcance del artículo 23.2 de la CADH, al precisar que una autoridad administrativa no tiene competencia para restringir derechos políticos a los servidores públicos de elección popular, mediante la imposición de sanción, entre ellos, limitar el derecho al sufragio pasivo, es decir, el derecho a ser elegidos, por vía de la inhabilidad. Tesis que fue aplicada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución de Medidas Cautelares 5/2014 al solicitar al Gobierno de Colombia la suspensión inmediata de los efectos de la decisión del 9 de diciembre del 2013, expedida y confirmada por la Procuraduría General de la Nación el 13 de enero del 2014, actos administrativos aquí demandados, "a fin de garantizar los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego y pueda cumplir con el periodo para el cual fue elegido como Alcalde de la ciudad de Bogotá D.C. el 30 de octubre del 2011".

(...)

A juicio de la Sala Plena de la Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, aunque la Procuraduría General de la Nación planteó, de manera detallada y precisa, la descripción típica prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 del 2002, al señalar los principios de la contratación estatal y las disposiciones de rango legal que a su vez los desarrollaban, en todo caso los actos administrativos demandados son ilegales, porque hubo vicios en el proceso de adecuación típica de la conducta, lo que se traduce en la atipicidad de la falta, como pasa a explicarse. Los elementos básicos de la conducta típica descritos en la falta imputada son: 1. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual. 2. Que la participación sea en detrimento del patrimonio público o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa establecidos en la Constitución y en la ley.

(...)

La Sala considera que la administración central al suscribir los contratos interadministrativos 017 del 11 de octubre del 2012 y 809 del 4 de diciembre del 2012, entre la UAESP y la EAAB, y la EAAB y la EAB S. A. E. S. P., respectivamente, no eludió los procedimientos de selección objetiva a través del proceso licitatorio para la adjudicación de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de

Bogotá mediante la implementación de un esquema de aseo que permitiera dar cumplimiento en corto plazo a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional y poner en ejecución el plan de inclusión de la población de recicladores en la prestación del servicio de aseo. El proceso de selección objetiva para adjudicar la operación de este servicio a operadores del servicio de residuos ordinarios no podía llevarse a cabo de manera independiente a la entrada en funcionamiento del sistema de aprovechamiento. Es más, la misma Procuraduría General de la Nación reconoció que la administración no podía iniciar el proceso de licitación. Al respecto señaló que: “es cierto que la administración distrital encontró para el mes de junio del 2012 que no era posible iniciar un nuevo proceso de licitación pública de la prestación del servicio de aseo bajo el sistema de las áreas de servicio exclusivo”.

(...)

Para la Sala, entonces, a partir de las especiales situaciones a las que se vio abocado el Distrito Capital en la implementación de un nuevo modelo o esquema de aseo que integra: (i) las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en Auto 275/11, (ii) el Programa Basura Cero y (iii) el esquema de metas a cumplir para la inclusión de la población recicladora en la gestión pública de los residuos sólidos de la ciudad de Bogotá, las decisiones adoptadas por el exalcalde Mayor de Bogotá, en particular en lo que tiene que ver con los contratos interadministrativos 017 y 0809 del 2012, no transgredieron sus deberes funcionales y no se adecuaron a la descripción normativa de la falta disciplinaria que se le endilga.

(...)

Frente a dicha falta disciplinaria se prevén los siguientes elementos: La existencia de una norma que otorga potestades al empleo o función (norma otorgante). El ejercicio de una potestad derivada del empleo o función (competencia del funcionario que puede ser material o funcional). Que dicho ejercicio se realice con una finalidad diferente a la prevista en la norma otorgante (desconocimiento de los fines de las normas que le sirven de fundamento a la actuación de la administración). El funcionario que disciplina debe advertir que el acto (o la actuación) se profirió con desconocimiento de los fines previstos en la norma que otorga la competencia, evidenciando así la relación de subordinación entre el funcionario (o quien ejerce la función pública) y el Estado, y el deber de obediencia y disciplina en el ejercicio de la función administrativa por el desconocimiento de un deber, con el objetivo de dirigir el comportamiento del funcionario al cumplimiento de la función con sujeción al “bien común y el interés general, el servicio del Estado y de la comunidad y de los intereses generales [art. 1, 2, 123 inc. 2 y 209 inc. 1 C.P.]”.

La falta establecida en el numeral 60 del artículo 48 del CDU lleva implícito un control de la conducta de quien expide el acto o desarrolla la actuación, desde el derecho disciplinario, con ocasión de la finalidad u objetivos del acto frente a las normas que habilitan su expedición. De ahí que la norma hable de una finalidad distinta, pero debe hacerse énfasis en que dicho control se hace a partir del control disciplinario, esto es, que se debe atar al cumplimiento de los deberes funcionales. Esta falta no contiene una habilitación al funcionario sancionador para que desvirtúe la presunción de legalidad de un acto administrativo, competencia propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Asimismo, se advierte que toda ilegalidad de un acto administrativo, así sea decretada por la jurisdicción contenciosa administrativa, no apareja la imposición de una sanción disciplinaria, pues esta requiere la demostración del incumplimiento de los deberes funcionales. Para la Sala, en este caso, la adecuación típica de la falta sobre los presupuestos que señala

el ente de control no se ajusta a los elementos integrantes del tipo, por las dos siguientes razones: La primera, porque el análisis en el cumplimiento de los deberes funcionales atribuidos al Alcalde Mayor de Bogotá, en lo que corresponde a la prestación eficiente de los servicios públicos, no está condicionado por la legalidad de los actos administrativos que expida para tal fin, por lo que la Sala considera que la Procuraduría, en el juicio de adecuación típica de la falta, confundió el fin del acto con la causal de ilegalidad por presunta violación al principio de libertad de empresa.

Quiere decir lo anterior que el ente de control debió demostrar que existía un interés ilegítimo por parte del Alcalde Mayor de Bogotá al expedir el mencionado acto administrativo, interés que se traduce en el hecho de que con dicha medida se hubiera derivado un beneficio para sí o para un tercero, que se alejaba de los fines atribuidos al ejercicio de la función pública y a la prestación del servicio público de aseo en las condiciones y requerimientos exigidos a partir de lo previsto en la ley, por el juez constitucional. Se reitera, esta falta no contiene una habilitación al funcionario sancionador para que, a partir de un análisis de legalidad de un acto administrativo, como consecuencia necesaria, se establezca la responsabilidad disciplinaria, como quiera que toda ilegalidad de un acto administrativo no apareja la imposición de una sanción disciplinaria, pues esta requiere la demostración del incumplimiento de los deberes funcionales. Y la segunda, porque entre los elementos integrantes del tipo disciplinario, previsto en el numeral 60 del artículo 48 del CDU, está el relacionado con la finalidad que se persigue a través del ejercicio de las potestades conferidas por la norma habilitante.

Si bien el fin del acto administrativo es un presupuesto de legalidad, su expedición, con desconocimiento de las normas de carácter superior en que debe fundarse, constituye otro presupuesto de legalidad al que no hace mención el tipo disciplinario. Asimismo, se resalta que los motivos de ilegalidad que atribuye el órgano de control al Decreto 564 del 2012 no son objeto de estudio en esta decisión, que, por lo demás, es objeto de conocimiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en el proceso de nulidad con radicación No. 11001 33 34 003 2012 00131 01. La expedición de un acto administrativo con infracción de las normas en que debe fundarse, que constituye una causal autónoma para invalidar la decisión, no significa per se que el funcionario haya actuado con una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante, y haya desconocido el cumplimiento de sus deberes funcionales. Se trata de presupuestos autónomos sobre la legalidad del acto administrativo, de tal manera que puede ocurrir que el acto esté viciado porque el funcionario actuó con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, "aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico".

FUENTES: Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por la Ley 16 de 1972; Artículos 9,40,122,172,177,191,277,278 de la Constitución Política; artículos 44, 45, 48 del Código Disciplinario Único; Ley 142 de 1994.

DECISIÓN:

"PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD de los siguientes actos administrativos: 1. Decisión de única instancia proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de fecha 9 de diciembre del 2013, mediante la cual se impuso sanción de destitución e inhabilidad general por el término de 15 años al señor Gustavo Francisco Petro Urrego. 2. Decisión del 13 de enero del 2014, proferida por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, que resolvió no reponer y en consecuencia confirmar el fallo de única instancia del 9 de diciembre del 2013.

SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la Procuraduría General de la Nación que pague los salarios y prestaciones dejados de percibir por el accionante durante el tiempo que estuvo efectivamente separado del servicio, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

La suma que corresponda a las condenas deberá indexarse conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente. Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, respecto de cada obligación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

TERCERO. OFICIAR a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación para que registre esta decisión en el Sistema de Información de Registro de Sanciones e inhabilidades, SIRI, y, en consecuencia, proceda a efectuar la correspondiente desanotación de las sanciones impuestas.

CUARTO. ORDENAR que, por Secretaría General de la Corporación, una vez en firme esta decisión, se expida, con destino a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la información requerida mediante el oficio 20175010046781-GDI, suscrito por la Directora de Defensa Jurídica de la entidad, para los fines pertinentes.

QUINTO: ORDENAR que, por Secretaría General de la Corporación, una vez en firme esta decisión, se expida, con destino a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, copia de la presente decisión.

SEXTO: EXHORTAR al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación para que en un plazo, no superior a dos (2) años, contado a partir de la notificación de esta providencia, implemente las reformas a que haya lugar, dirigidas a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el orden interno, con fundamento en las consideraciones emitidas y la *ratio decidendi* de esta sentencia. Para los efectos de este numeral, **comuníquese** esta decisión al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso de la República y al señor Procurador General de la Nación."

4. ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"El actor señala que, como resultado de la investigación disciplinaria que cursó en su contra como Alcalde Mayor de Bogotá, fue sancionado mediante acto del 9 de diciembre del 2013, proferido por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, decisión que se confirmó por la misma Sala el 13 de enero del 2014.

Indica que, por esos hechos, interpuso una acción de tutela ante la jurisdicción contenciosa administrativa, que fue negada, y que para proteger sus derechos políticos solicitó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el otorgamiento de medidas cautelares, que fueron concedidas. Sin embargo, el Gobierno Nacional lo destituyó mediante Decreto 570 del 20 de marzo del 2014."

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-25-000-2005-00068-00(IJ)	FECHA: 28/11/17
PONENTE: César Palomino Cortés		ACTOR: Fernando Londoño Hoyos	
DEMANDADO: Nación – Procuraduría General de la Nación			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
-----------	--	-----------	----------

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque no se accedió a las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 135 y 137 del C. C. A.; Decreto Ley 262 de 2000; Ley 734 de 2002 y artículo 416 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

TEMA PRINCIPAL: Competencia para investigar disciplinariamente a altos dignatarios del Estado.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Investigación Disciplinaria de Única Instancia por parte del Procurador General de la Nación. Agotamiento de recursos por vía gubernativa. Debida integración del contradictorio. Abuso de autoridad, como delito y falta disciplinaria. Causales de nulidad de los actos administrativos (falsa motivación). Conflicto de intereses.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

El señor Fernando Londoño Hoyos, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó a la Procuraduría General de la Nación con el fin que se revoque y se deje sin efectos el fallo de única instancia proferido por el Procurador General de la Nación el 12 de noviembre de 2004.

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"3.1.1 De la competencia del Procurador General de la Nación para investigar y sancionar en única instancia a un Ministro de Despacho.

De acuerdo con lo anterior, es clara la competencia del Procurador General de la Nación para disciplinar a un alto dignatario del Estado por realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, sin que pueda considerarse que usurpa competencias de la justicia penal, toda vez que el propio legislador consagró la posibilidad que dicha conducta fuera sancionable también disciplinariamente.

En efecto, el debido proceso, definido en la Constitución Política en el artículo 29, tiene como uno de sus más importantes pilares la garantía que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio". Esta disposición consagra el principio de legalidad en materia sancionatoria, de la cual hacen parte tanto el régimen penal como el disciplinario, y consiste en que las conductas calificadas como punibles o sancionables y las consecuencias de su comisión deben estar definidas por la ley previamente a los hechos que se imputan.

(...)

De manera que si la Procuraduría General de la Nación consideraba que el señor Londoño Hoyos había realizado objetivamente la descripción típica del delito de Abuso de Autoridad, descrito en el artículo 416 del Código Penal, mientras se desempeñó como Ministro del Interior y de Justicia, tenía plena competencia para adelantar un proceso disciplinario en su contra, con la imposición de la sanción correspondiente si encontraba configurada la falta disciplinaria, por así disponerlo el legislador.

(...)

La Sala advierte que la razón por la cual el fallo acusado no podía ser sometido a una segunda instancia es porque la decisión la tomó la persona de mayor jerarquía en la entidad, donde no existe un superior jerárquico que pueda ejercer un control de ella por vía administrativa. Sin embargo, para la Sala, el hecho que no exista en este caso una segunda instancia administrativa, no significa que el ahora demandante no tuviera los mecanismos idóneos para asegurar su defensa y el derecho de contradicción tanto en el proceso administrativo como con posterioridad al mismo. En primer lugar, el legislador estableció que las personas de tales dignidades fueran investigadas y juzgadas por el más alto operador disciplinario del país, lo cual es garantía del propio debido proceso administrativo; y, en segundo término, el Estado Constitucional de Derecho le concede al administrado la posibilidad de ejercer la acción contenciosa para el control judicial de la decisión disciplinaria, como freno a la arbitrariedad de las autoridades públicas en el desempeño de sus funciones, de manera que dicho propósito se asegura aunque no se pueda hacer uso del recurso de apelación, porque el legislador no lo previó.

(...)

No sobra precisar que nunca se ha puesto en duda la competencia del Procurador General de la Nación para sancionar con destitución e inhabilidad a un Ministro de Despacho, razón por la cual, en este caso, no tiene cabida la reciente tesis planteada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el caso de Gustavo Francisco Petro Urrego vs. Nación - Procuraduría General de la Nación del 15 de noviembre de 2017.

Ciertamente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en esa oportunidad, efectuó el control de convencionalidad de la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar a un servidor público elegido popularmente con destitución e inhabilidad, frente al artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, situación que difiere notoriamente del presente asunto donde se discute la legalidad de la sanción de destitución e inhabilidad impuesta a un servidor público vinculado a un cargo de libre nombramiento y remoción y no de elección popular (artículo 125 de la Constitución Política).

3.1.2 De la prohibición de non bis in idem frente a la falta disciplinaria prevista en el numeral 1 del artículo 48 del Código Único Disciplinario.

Pues bien, la imputación efectuada al señor Londoño Hoyos por la cual fue efectivamente sancionado, correspondió a la falta disciplinaria prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que consiste en **"Realizar objetivamente una descripción típica** consagrada en la Ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o, abusando del mismo".

Según la Procuraduría General de la Nación el hecho objetivo endilgado al ahora demandante correspondió a una conducta propia del tipo penal de abuso de autoridad, por haberse dirigido al embajador de Italia en Colombia, desbordando los límites de su cargo, abusando de su función y de su investidura, para referirse a asuntos ajenos a su cartera.

(...)

Consecuente con lo anterior, para la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no puede afirmarse válidamente que se viola el principio de *non bis in idem*, cuando en virtud de la comisión de la falta gravísima contenida en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, el sujeto disciplinado también es investigado penalmente por el mismo hecho, pues la sanción que se llegare a imponer en el proceso penal es de naturaleza diferente a la disciplinaria, como lo es el bien jurídico tutelado en cada uno de estos regímenes.

En efecto, el régimen disciplinario tiene como propósito proteger los principios fundamentales de la función pública, esto es, que los servidores estatales en el desempeño de sus funciones cumplan con su deber, respetando los principios de moralidad, eficacia, imparcialidad, entre otros, y que en el ejercicio de su cargo tengan siempre presente que su finalidad es servir al interés general y al cumplimiento de los fines del Estado.

(...)

Mientras que, en materia penal, el bien jurídico tutelado es la protección de valores supremos del individuo, de la sociedad y del Estado para una pacífica y justa convivencia en la sociedad. Como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-647 de 2001 la imposición de la pena, cumple un doble propósito, el primero, reafirmar la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y, el segundo, permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural.

Entonces, como en cada uno de estos regímenes la conducta del investigado o procesado es evaluada o analizada bajo un campo normativo propio y de naturaleza diferente, no puede considerarse que en relación con este tipo de falta disciplinaria se viole el principio de *non bis in idem* por el hecho que la Procuraduría investigue y sancione a un funcionario público que por la misma conducta pueda dar lugar también a ser castigado penalmente por la comisión del ilícito.

(...)

3.2 Falsa motivación

En lo que tiene que ver con la **falsa motivación** tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que tal vicio afecta el elemento causal del acto administrativo. Este elemento responde a la pregunta del "por qué el acto". Para el caso de los actos administrativos sancionatorios disciplinarios, la respuesta sería: "porque un funcionario público, con su actuar, cometió una falta tipificada por la normativa como disciplinaria". Esta es la causa o motivo preciso por el cual se expidió el acto.

De acuerdo con ello, se está ante la falsa motivación cuando el funcionario público aduce un motivo para expedir el acto que desde el punto de vista jurídico o fáctico no se ha dado; es decir, se aduce una falta disciplinaria que no está prevista legalmente como tal (error de derecho); o la conducta no fue realizada o no tiene el alcance que se le pretende dar con el acto administrativo (error de hecho).

(...)

3.2.1 Del conflicto de intereses

El Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, ha interpretado el conflicto de intereses "como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público.

(...)

El debido proceso en el derecho sancionador impone que la imputación de un cargo se haga de manera precisa, concreta, que la falta disciplinaria que se endilga sea debidamente individualizada, dentro del catálogo de conductas reprochables tipificadas como falta disciplinaria, sin que haya lugar a ambigüedades. Esta debida imputación permite el pleno y efectivo ejercicio del derecho de defensa del disciplinado el cual tiene su materialización en la respuesta al pliego de cargos, oportunidad procesal pertinente para dar las explicaciones a las faltas que se le atribuyen al servidor público.

Para la Sala, para la época de los hechos de este proceso, el gestionar o solicitar el pago oportuno de una condena impuesta al Estado en un laudo o sentencia, cuando aún estaba de por medio una controversia en torno a la forma de darle cumplimiento, hacia parte de la labor del Ministro del Interior y de Justicia dentro del ámbito de sus funciones de defensa judicial de la Nación. Lo anterior sumado al hecho de que prontamente podría verse el Estado Colombiano inmerso en un proceso ejecutivo ante el inminente vencimiento del plazo para la satisfacción total de la condena. En consecuencia, se encuentra acreditada la condición de que la gestión se dio dentro del ámbito de las funciones del Ministro del Interior y de Justicia como servidor público.

La segunda condición de este elemento es que el servidor tenga un interés particular y directo o sus parientes o sus socios con la gestión a realizar y este interés prevalezca sobre el interés general.

Sin embargo, para la Sala la sugerencia de hacer reuniones para lograr la conciliación de los intereses a cargo del Estado no desvirtúa el interés particular evidenciado por el servidor público para que el Estado satisficiera la obligación a la firma italiana de manera pronta y completa, pues aunque se le puso de presente por parte del Inviás que aún existía controversia sobre los intereses moratorios, el ministro, a través de su intervención gestionó y afaná el pago de esa condena que siempre consideró como una aspiración legítima para el Consorcio.

De ahí que no se puede afirmar válidamente que el acto administrativo sancionatorio disciplinario haya incurrido en vicios de hecho y de derecho al concluir, de acuerdo con la misiva dirigida por el entonces Ministro del Interior y de Justicia al señor embajador de Italia, junto con las demás pruebas recaudadas en el proceso disciplinario, que al doctor Fernando Londoño Hoyos, como servidor público, le asistió un interés particular en las gestiones realizadas ante el Inviás y el Ministerio de Transporte para el pago de la condena impuesta a favor de la firma italiana, lo cual se evidencia finalmente en el afán de que el consorcio Recchi G.L.F., antiguo cliente suyo, quedará gratamente satisfecho con su labor como mediador o auspiciador en el pago de la cuantiosa condena, no obstante las pretensiones económicas y discusiones jurídicas que entre las partes existía.

[...]

La configuración de los anteriores presupuestos evidenciaban la necesidad de que el doctor Fernando Londoño Hoyos, entonces Ministro del Interior y de Justicia, se apartara del tema del pago de la condena impuesta a favor de la firma italiana, sin embargo, las pruebas recaudadas en el proceso disciplinario y la misma afirmación del demandante acreditan su participación activa en esa labor, gestionando ante el Inviás y el Ministerio de Transporte la satisfacción pronta de la deuda a cargo del Estado Colombiano y a favor del consorcio Italiano.

[...]

En este aspecto, en el que se exigía que el señor Ministro se separara del conocimiento del asunto y se abstuviera de hacer gestión alguna para el pago de la condena a favor de quien había sido su cliente, no se trata de aplicar una inhabilidad por más de cinco o seis años, sino que por las circunstancias que rodearon su ejercicio profesional como apoderado de dicha firma y la reinante controversia suscitada entre las partes en torno al pago de la condena, debió considerar de manera razonable que moralmente estaba impedido para adelantar o afanar su pago ante las entidades deudoras, so pena de incurrir en conflicto de intereses, pues hay ciertas situaciones personales que acompañan al ser humano más allá de lo que una norma jurídica pueda prever temporalmente.

(...)

A juicio de la Sala, si el Ministro hubiera puesto por encima los intereses del Estado, habría fortalecido la posición jurídica del Inviás frente a la disputa sostenida con el consorcio italiano, yendo de la mano y apoyando a la entidad de manera irrestricta y decisiva en la discusión acerca de la causación y cuantía de los intereses moratorios, logrando una buena negociación en torno a los intereses de mora adeudados por el Estado Colombiano.

(...)

3.2.2. Del delito de abuso de autoridad

En este caso, el Ministro Londoño Hoyos debió separarse de cualquier gestión en el pago de la condena a favor del consorcio italiano, dado su interés particular como se advirtió en el capítulo anterior. Sin embargo, actuó, inclusive, de manera arbitraria e injusta, pues se apartó de la finalidad de su función en la medida en que no impartió una directriz adecuada ni específica en el caso de la firma italiana. Según la Directora del Inviás él sugirió, como al parecer lo hizo de manera general, que se tratara de conciliar los intereses, pero no se interesó por trazar una verdadera estrategia o plantear una propuesta para que dicha entidad pudiera seguir adelante en su discusión de los intereses moratorios. Su interés fue solo el pago rápido y completo de la condena como la estaba solicitando el Consorcio, pues él consideraba que ya no había ninguna discusión.

Este proceder para la Sala constituye un inequívoco acto arbitrario e injusto, sin que se requiera para su configuración que el servidor público ejerza algún tipo de presión sobre los demás funcionarios públicos. La conducta del señor Ministro Londoño, aunque no decisiva de manera directa en el pago de la sentencia, pues él no era el ordenador del gasto, sí tuvo un alcance jurídico, como quiera que tuvo injerencia, no de manera positiva, sobre los funcionarios que sí tenían esa función, forzando el normal funcionamiento y desarrollo de esa labor.

Así las cosas y por cuanto no se desvirtuó la legalidad del acto administrativo demandado que consideró que el doctor Fernando Londoño Hoyos cometió acto arbitrario e injusto en el desarrollo de sus funciones, la Sala concluye que procedía la sanción al ex ministro del Interior y de Justicia por la falta disciplinaria prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, porque realizó objetivamente la descripción típica del delito de abuso de autoridad. No prospera el cargo de nulidad."

(...)

FUENTES: Artículo 135,137 del C. C. A.; Decreto Ley 262 de 2000; Ley 734 de 2002 y artículo 416 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

DECISIÓN:

Primero: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la Procuraduría General de la Nación.

Segundo: Denegar las súplicas de la demanda.

Tercero: No hay lugar a condena en costas."

4. ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"1. El 17 de octubre de 1997 el consorcio italiano Recchi Grandi Lavori Fincosit, contratista del Estado Colombiano para construir el último tramo de la autopista Bogotá Villavicencio, otorgó poder al abogado Fernando Londoño Hoyos para discutir y concluir ante el Inviás las gestiones y negociaciones que se desprendieran del contrato No. 403 de 1994. El contrato de mandato incluyó la facultad de "suscribir cualquier documento" relacionado con los acuerdos entre las partes sobre los reclamos presentados por el Consorcio, así como aquellos "por los que se decida la conformación de un Tribunal de Arbitramento, de amigables componedores o de cualquier otro sistema de composición no judicial de los conflictos que llegaren a tener las partes [...]".

2. Uno de los problemas en la ejecución de este contrato de obra pública fue la construcción del Túnel Buenavista, lo que dio lugar a que el Inviás decidiera no acceder a la prórroga del plazo contractual bajo las condiciones propuestas por el consorcio constructor. En ese sentido se cruzaron diferentes comunicaciones entre el Consorcio y el Inviás de fechas 9 de octubre, 13 de noviembre, 24 de noviembre, 27 de noviembre de 1997 y 19 de marzo de 1998, entre otras.

3. El demandante explica que, no obstante, las gestiones que efectuó como abogado del Consorcio Recchi ante el Inviás para que se revisara el contrato o se diera por terminado en condiciones menos gravosas para sus clientes, lo único que quedaba era un litigio contractual, sin embargo, el contrato no tenía cláusula compromisoria, razón por la cual se propuso la celebración de un contrato de compromiso para que el conflicto lo dirimiera un tribunal de arbitramento.

4. El demandante afirma que enterado el Presidente de la República, Ernesto Samper Pizano, de esa situación, le hizo saber al Consorcio que firmaría el contrato con la condición que "despidiera" al abogado Londoño Hoyos; y así le fue notificado al actor, quien presentó renuncia irrevocable. El 4 de junio de 1998 el consorcio Recchi le canceló los honorarios al Dr. Londoño Hoyos.

5. El contrato de compromiso entre Inviás y el consorcio Recchi GLF fue firmado el 5 de agosto de 1998, y así se lo informó el Consorcio al doctor Londoño Hoyos el 7 de agosto siguiente.

6. El demandante precisa que luego de recibir el pago de los honorarios no volvió a tener ninguna relación personal o profesional con el Consorcio y sus representantes. Que solo en agosto de 1998 el Consorcio le envió una carta para informarle que el contrato de compromiso ya se había celebrado. Menciona que tampoco supo del tribunal de arbitramento ni de la designación de los árbitros.

(En el acta de visita practicada por la Procuraduría General de la Nación, dentro del proceso disciplinario, de 23 de junio de 2004, a las oficinas de la sociedad Fernández de Soto y Asociados Ltda. antes Fernando Londoño Hoyos Abogados Asociados Ltda., se lee: "Revisada la carpeta de correspondencia denominada "Consortio Recchi Grandi Lavori que se llevaba en la antigua sociedad Fernando Londoño Hoyos Abogados Asociados Ltda., no obra documento o escrito con posterioridad al año 1998 en el cual se observe un contrato, promesa o estipulación alguna entre la sociedad Fernando Londoño Hoyos Abogados Asociados Ltda. y el Consortio Recchi relacionado con el Tribunal de Arbitramento o el cobro del laudo y la sentencia. (...) la última comunicación entre el Consortio Recchi y el dr. Fernando Londoño Hoyos, tiene fecha agosto 7 de 1998, verificándose que es el mismo documento cuya copia obra en el expediente a folio 99.

7. El Tribunal de Arbitramento profirió laudo arbitral el 8 de junio de 2001, en el que condenó al Inviás a pagar al Consortio Recchi GLF la suma de \$19.590.783.577. Dicho laudo fue corregido y aclarado mediante Acta 56 de 22 de junio de 2001, en la que se precisó que el total de la condena ascendía a la suma de \$25.504.395.800, de la cual se declaró compensada, a favor del Inviás, la suma de \$6.479.575.326. Contra este Laudo ambas partes presentaron recursos de anulación, que fueron declarados infundados por el Consejo de Estado mediante providencia del 27 de junio de 2002.

8. Narra que en el año 2003, cuando el actor era Ministro del Interior y de Justicia, tuvo una reunión con un grupo de embajadores de países europeos acreditados en Colombia y que en dicha reunión el señor embajador de Italia se le acercó para ponerle de presente que era difícil conseguir el interés de las empresas italianas para invertir en Colombia, teniendo en cuenta que varios empresarios italianos habían huido de Colombia por la violencia. Así mismo, el embajador de Italia le informó que había un gran consorcio italiano que se quejaba de que el gobierno colombiano no cumplía los laudos arbitrales, ni aún con la refrendación de la justicia colombiana. Supo que se trataba del Consortio Recchi del cual había sido su abogado hacía mucho tiempo atrás.

9. Que según los documentos que le enviaron a su oficina pudo darse cuenta que desde finales de 2002 corrían intereses moratorios en contra del gobierno colombiano, por cuanto el laudo condenatorio había quedado en firme.

10. El doctor Fernando Londoño Hoyos fue Ministro del Interior del 7 de agosto de 2002 al 5 de noviembre de 2003, período dentro del cual también estuvo encargado del Ministerio de Justicia y del Derecho; posteriormente, mediante Decreto 203 del 3 de febrero de 2003, fue nombrado Ministro del Interior y de Justicia, cargo que desempeñó hasta el 9 de noviembre de 2003.

11. El demandante señaló que, teniendo en cuenta las tasas de interés a las que estaba sometida la condena, y preocupado por ese crédito a cargo del Estado, él como Ministro del Interior y de Justicia se puso en contacto con el Ministro de Transporte y con la Directora del Inviás para indagar por las razones de la mora en el pago de esa obligación, cuya respuesta fue coincidente en que no pagaban por falta de dinero; sin embargo, prometieron que harían lo que estuviera a su alcance para buscar la rápida atención del crédito, dadas los altos porcentajes de los intereses.

12. Esas gestiones, que fueron adelantadas por él como Ministro de Justicia, responsable de la defensa judicial de la Nación y obligado a precaver cualquier daño antijurídico que se pudiera causar o sufrir, consistieron en cartas oficiales cruzadas con la Embajada de Italia, de ninguna manera ocultas.

13. Posteriormente, y ya por fuera del Ministerio del Interior y de Justicia, fue convocado por la Procuraduría General de la Nación para comunicarle que se le había abierto un proceso por supuesto conflicto de intereses y por haber favorecido a un antiguo cliente con el uso arbitrario de sus facultades.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

Recurso Extraordinario de Revisión

Ficha
No. 1

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 41001-33-31-004-2009-00030-01(AP)REV	FECHA: 11/09/12
PONENTE: Susana Buitrago Valencia		ACTOR: Néstor Gregory Díaz Rodríguez	
DEMANDADO: Municipio de Pitalito			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	X	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se denegaron las pretensiones del recurso.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 5° de la Ley 472 de 1998.

TEMA PRINCIPAL: Acción popular: agotamiento de jurisdicción y cosa juzgada.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"En escrito del 19 de febrero de 2010 el actor popular solicitó que se revisara la providencia del Tribunal. Considera que el sustento de la misma no está acorde con los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado que, en su criterio, admiten la acumulación de procesos de acción popular y no acogen declarar agotada la jurisdicción."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"La Sección Quinta del Consejo de Estado en providencia del 28 de octubre de 2010 halló procedente seleccionarla para revisión, mecanismo que instituyó el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Para tal efecto estimó que si bien la decisión que se pide revisar no corresponde a una sentencia, en tanto declaró la nulidad de lo actuado y a continuación rechazó la demanda, tal determinación equivale a la que termina un proceso. El artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 que instituyó el mecanismo de revisión eventual en acciones populares señala que podrán ser objeto de revisión las sentencias o "las demás providencias" que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso.

[...]

De esta manera, ciertamente, existe la necesidad que sea la Sala Plena del Consejo de Estado la que unifique la tesis en torno al tema de si en los procesos de acción popular procede la acumulación, o si por el contrario, debe aplicarse la figura del agotamiento de jurisdicción y rechazar las subsiguientes demandas iguales que se promuevan, instando al nuevo actor popular a que intervenga a título de coadyuvante en el primer proceso que ya se encuentra en trámite.

3. De la creación jurisprudencial y de su aplicación

La figura es de creación jurisprudencial por el Consejo de Estado. Se remonta al auto del 18 de octubre de 1986 en el cual la Sección Quinta luego de negar la acumulación de dos procesos electorales por tener la misma *causa petendi* e idénticas peticiones, expresó que cuando los particulares acuden al juez para que haga operar el servicio de justicia a un caso concreto, con la puesta en marcha del respectivo proceso que se promueva se agota la jurisdicción frente a dicho asunto o controversia. Para estos efectos la jurisdicción es entendida como la activación del aparato de justicia. Significa que llevarle de nuevo el mismo reclamo de protección de iguales derechos, en el caso de la nulidad electoral, derechos a la preservación de la legalidad en abstracto, afectados por causa idéntica, no es un racional ejercicio del derecho de acción. Que en tal caso el proceso que se inicie con posterioridad a otro que ya se encuentra en curso y que se instauró por los mismos hechos y derechos está viciado de nulidad "por agotamiento de jurisdicción". Que a tal conclusión se arriba porque si el proceso es nulo cuando corresponde a distinta jurisdicción, también lo es cuando la jurisdicción se ha consumado por haberse aceptado dar trámite a la demanda y estar ya en trámite otro proceso sobre la misma materia.

La Sala comienza el análisis partiendo de la preceptiva que establece el artículo 5° de la Ley 472 de 1998 acorde con el cual las acciones populares se tramitarán atendiendo a los principios de economía, celeridad y eficacia.

Precisamente la razón esencial de negar la acumulación de una nueva demanda cuando se trate del mismo reclamo de protección fundado en igual situación fáctica a la que inspiró la instauración de un proceso que ya está en curso, descansa en los parámetros de celeridad, eficacia y de economía procesal, en tanto propende por racionalizar la justicia en demandas de acción popular que se refieran a los mismos hechos, objeto y causa, dirigidas contra igual demandado.

Con la primera persona que ejerce el derecho de acción en calidad de miembro de la comunidad, no para propender por derechos subjetivos sino de los que incumben a todos los habitantes, iniciado el trámite de este proceso a partir de la admisión de la demanda, se garantiza el acceso a la justicia, a través del control judicial que se impartirá a la actividad o a la omisión de la autoridad pública y/o del particular, respecto de la protección de los derechos colectivos que se consideran amenazados o vulnerados por los mismos hechos y respecto de los mismos demandados.

El actor popular que demanda lo que otra persona ya trajo a la justicia, es decir "que repite" lo ya "denunciado", bien puede constituirse en coadyuvante de ese primer proceso en trámite. Porque carece de sentido lógico y no consulta la racionalización de recursos integralmente considerados que implica la tramitación de un proceso, ni consulta el principio de eficacia que también rige la función judicial, el que paralela y simultáneamente se adelanta hasta cierta etapa un nuevo proceso, otro proceso, siendo que deriva de una demanda popular que se funda en los mismos hechos, contra el mismo demandado y que aspira a amparar iguales derechos de naturaleza colectiva, y que si el primero va más avanzado, deba esperar a que los demás se hallen en la misma etapa para poderlos acumular al inicial.

Como se sabe, en estas acciones cualquier persona en defensa del derecho "difuso", denominado así por la doctrina por ser el que no se radica en específico en nadie, sino que pertenece a todos, está habilitado para promover esta acción que, por tanto, no tiene exigencia de legitimación en la causa por activa, más que el ser persona. Esta acción o mecanismo judicial de protección de derechos colectivos, se insiste, no opera por la amenaza o la lesión de un derecho subjetivo.

El proceso de acción popular no consiste en estricto sentido en una controversia con presencia de "partes" opuestas entre sí y donde exista "litis". Es más un reclamo de protección para la garantía de derechos colectivos cuya existencia no es materia de debate, lo que discute el actor popular es que dichos derechos están siendo amenazados o vulnerados por la accionada.

De esta manera, la Sala Plena del Consejo de Estado **unifica** su postura sobre la materia, en el sentido de determinar que, con apoyo en los principios de economía, de celeridad y de eficacia que rigen la función judicial, y que por expresa disposición del artículo 5° de la Ley 472 de 1998 deben orientar el trámite de las acciones populares, cuando se esté ante demandas de acción popular en las cuales se persiga igual causa petendi, basada en los mismos hechos, y contra igual demandado, lo que procede es dar aplicación a la figura del agotamiento de jurisdicción.

Ahora bien, a propósito del estudio y unificación sobre los alcances de la aplicación de esta figura en el proceso de acción popular, la Sala considera oportuno y necesario que el pronunciamiento se extienda a considerar también el tratamiento que en estos mismos juicios debe otorgarse al fenómeno de la cosa **juzgada**, en el sentido de definir si también el agotamiento de jurisdicción opera por esta situación.

Respecto de la cosa juzgada alegada por el demandado a título de excepción en la contestación de la demanda o hallada de oficio por el juez, la Sección Primera ha señalado que es medio exceptivo de carácter "mixto", pues pese a tener una naturaleza perentoria, recibe tratamiento procesal de excepción de mérito. Por su parte, la Sección Tercera es del criterio que en el trámite de la acción popular no cabe, en estricto sentido, planteamiento de excepciones previas o mixtas, pues estima que siempre deben ser decididas en la sentencia, lo cual finalmente las convierte en perentorias, en el sentido de que constituyen impositivos para la prosperidad de la pretensión o para su formulación.

Entonces, ambas Secciones coinciden en que la cosa juzgada que se plantee como excepción en las acciones populares, se resuelve en la sentencia, y que también es así, cuando el juez, de oficio, la encuentra probada. Así mismo estas dos Secciones están de acuerdo en que los efectos de la cosa juzgada dependen de lo que se haya resuelto en la sentencia anterior que cobró ejecutoria. Si fue estimatoria de las pretensiones de una acción popular, hace tránsito a cosa juzgada erga omnes. Pero si fue denegatoria, sólo hará tránsito a cosa juzgada relativa, esto es, únicamente respecto de los hechos que dieron lugar a su instauración. Por último, cuando el fallo ejecutoriado negó las pretensiones de la demanda por falta de pruebas, esa sentencia nunca hace tránsito a cosa juzgada.

De esta manera, y como ya atrás se advirtió que las dos Secciones del Consejo de Estado que venían conociendo de la segunda instancia de las acciones populares no consideraban la posibilidad de decretar el agotamiento de jurisdicción ante la existencia de cosa juzgada en ninguno de los eventos antes descritos, pues han estimado que se trata de una excepción que se define en la sentencia; pero conociendo esta Sala Plena que pese a ser ello así, algunos Tribunales Administrativos sí han aplicado esta figura ante la ocurrencia de algunas de las modalidades de cosa

juzgada, se impone que la Sala en esta oportunidad también unifique tesis sobre la viabilidad del rechazo de la demanda de acción popular cuando exista cosa juzgada con efectos absolutos y generales (erga omnes), proveniente de sentencia estimatoria, o cuando se esté en presencia de cosa juzgada relativa, porque, aunque siendo la sentencia anterior debidamente ejecutoriada denegatoria de las pretensiones de la demanda, de nuevo se instaura otra por los mismos hechos, para la protección de iguales derechos colectivos, con fundamento en las mismas pruebas, y contra el mismo accionado o accionados. Al respecto la Sala considera que, justamente, a fin de darle cabal aplicación a los antes mencionados principios que se consagran en el artículo 5° de la Ley 472 de 1998, que se insiste, es norma especial que reglamenta la acción popular, es preciso que igualmente se aplique la figura del agotamiento de jurisdicción para aquellos eventos cuando se esté en presencia de una nueva demanda y de entrada el juez constata que existe cosa juzgada general o absoluta: sentencia estimatoria debidamente ejecutoriada y por tanto con efectos erga omnes, y que ahora se promueve idéntica petición judicial fundada en los mismos supuestos fácticos y jurídicos y respecto del mismo demandado; o también, cuando existe sentencia ejecutoriada que si bien es denegatoria de las pretensiones y por tanto hizo tránsito a cosa juzgada relativa, es decir sólo frente a esos hechos y a esas pruebas, lo cierto es que la nueva demanda coincide plenamente en estar fundada en esos mismos supuestos fácticos y probatorios.

Consecuencialmente la Sala unifica jurisprudencia en el sentido de que, ante situaciones como las antes descritas, procede que si la segunda demanda fue admitida sin advertir la existencia de cosa juzgada en las modalidades señaladas, se declare la nulidad de todo lo actuado y se rechace esta nueva demanda por presentarse agotamiento de jurisdicción, y que igual tratamiento aplica (el rechazo de la segunda demanda), cuando se esté en la oportunidad procesal de decidir sobre la admisión.

En definitiva, la viabilidad de aplicar el agotamiento de jurisdicción por la existencia de cosa juzgada y que proceda el rechazo de la nueva demanda de acción popular, depende de los alcances que tenga el fallo anterior dictado en el proceso relativo a derechos colectivos, en los términos que la Corte Constitucional lo ha señalado en la sentencia C-622 de 2007, según la cual

“[...]”

Tratándose de la protección de derechos e intereses colectivos, no puede entonces entenderse que la cosa juzgada es absoluta, pues la naturaleza propia de tales derechos e intereses implica la titularidad de la acción en cabeza de un número más o menos extenso de personas afectadas con la amenaza o violación de tales derechos, que aun cuando habrían podido participar en el proceso, estarían despojadas de la oportunidad de ejercer una acción popular para enmendar una situación de amenaza o afectación de esos derechos que ocurra en la misma colectividad frente al caso fallado, respecto de una sentencia desestimatoria de los mismos y la aparición con posterioridad al fallo de nuevas pruebas que demuestren tal vulneración. Considera la Corte que los recursos probatorios previstos por la ley no son idóneos para superar el conflicto de inconstitucionalidad que surge de reconocerle efectos erga omnes a las sentencias desestimatorias, particularmente, frente a la circunstancia de que después del fallo aparezcan nuevas pruebas definitivas para cambiar la decisión inicial, pues es claro que tales elementos de juicio, por sustracción de materia, no pudieron ser allegados al proceso en el respectivo periodo probatorio ni valorados por la sentencia”.

La Sala concluye que la razonabilidad de la posición sobre la viabilidad del agotamiento de jurisdicción como causal de rechazo de las acciones populares que aquí se unifica, descansa en que además de que evita desgaste judicial, desgaste a los actores populares y a todos los estamentos involucrados en el tema probatorio, resultaría totalmente vano adelantar un proceso a sabiendas, de antemano, que no podrá existir pronunciamiento sobre el fondo del asunto (cuando se esté en presencia de cosa juzgada en los eventos antes reseñados y dentro de los parámetros descritos por la Corte Constitucional en la sentencia citada), o tramitar un segundo proceso a sabiendas de que ya cursa uno idéntico, razón por la cual la postura que se acoge, constituye pleno desarrollo de los principios que orientan la función judicial en el trámite de las acciones populares."

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 18 de octubre de 1986, Rad.: E-10, C.P. Simón Rodríguez Rodríguez; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de abril de 2007, Rad.: 2005-00118-01, C.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, Rad.: 2005-01006, C.P.: Enrique Gil Botero; sentencia C-622 de 2007.

DECISIÓN:

"PRIMERO: UNIFICAR jurisprudencia sobre el alcance de la aplicación de la figura del agotamiento de jurisdicción en el proceso de acción popular, en los términos que se explican en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, DECLARAR que el auto del Tribunal Administrativo del Huila de 24 de julio de 2009 que confirmó el del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Neiva del 15 de mayo de 2009, está ajustado a derecho."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"El señor Néstor Gregory Díaz Rodríguez presentó ante los Juzgados Administrativos (Reparto) de Neiva demanda de Acción Popular contra el Municipio de Pitalito en procura de la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y a la seguridad y salubridad públicas que considera vulnerados porque en este ente territorial no existe sala de necropsias dentro del cementerio, como lo exigen los artículos 27 y 30 del Decreto 786 de 1990."

DECISIÓN:

"En providencia del 15 de mayo de 2009 el Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Neiva al constatar que en efecto existía un proceso de acción popular con identidad de objeto y promovido por la misma razón cursando en el Juzgado 3° Administrativo de Neiva, en aplicación de la figura "agotamiento de jurisdicción", declaró la nulidad de lo actuado y rechazó la demanda."

5. SEGUNDA INSTANCIA

PROVIDENCIA:

"Esta providencia de rechazo fue apelada por el actor y el Tribunal Administrativo del Huila la confirmó. Argumentó las siguientes consideraciones:

- Que según jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado (auto del 15 de marzo de 2006, rad. A.P. 2004-01209-01) no es procedente acumular procesos de acción popular en virtud de la naturaleza que reviste esta acción en la cual no hay lugar a pretensiones subjetivas.
- Que de presentarse una demanda en el mismo sentido de otra ya en curso, lo pertinente es que el segundo o posterior accionante ejerza coadyuvancia de la primera demanda [ibídem].

- Que se demostró que el auto que admitió la demanda inicial dictado por el Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Neiva (actor: Gustavo Mora Perea), se notificó el 13 de abril de 2007, casi 2 años antes, mientras que por su parte el auto que admitió la presentada por el señor Néstor Gregory Díaz se notificó a la parte contraria el 3 de febrero de 2009.

Que ese fenómeno se conoce como agotamiento de jurisdicción, frente al cual debe decretarse la nulidad de lo actuado."

DECISIÓN:

"...providencia del 24 de julio de 2009 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Huila dentro del proceso de acción popular de la referencia, confirmó la del 15 de mayo de 2009 del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Neiva que declaró nulo todo lo actuado por agotamiento de jurisdicción y en consecuencia rechazó la acción popular".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Recurso extraordinario de revisión	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 110010315000 20100003800	FECHA: 07/05/13
PONENTE: Mauricio Torres Cuervo		ACTOR: Universidad Distrital Francisco José de Caldas	
DEMANDADO: Mary Quiroga Carrillo			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	X	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
----	--	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se declaró desestimado el recurso.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Numeral 6 del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo.

TEMA PRINCIPAL: Recurso extraordinario de revisión: Causales. Nulidad originada en la sentencia.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Pensión de jubilación: competencia del Consejo de Estado.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La demandada, mediante apoderado judicial, interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del 4 de septiembre de 2008 dictada por la Sección Segunda Subsección "B" del Consejo de Estado, fundado en la causal 6 del artículo 188 del C. C. A. al existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.

Como sustento del recurso expresó que el Consejo de Estado carecía de jurisdicción y competencia habida cuenta que el 6 de diciembre de 1976 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, el que le confirió la categoría de trabajadora oficial beneficiaria de las convenciones colectivas.

(...)

Finalmente manifestó que la sentencia atacada la dejó en total desamparo pues disminuyó considerablemente su ingreso en desmedro de la atención de sus necesidades básicas y las de su familia."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Al respecto la Sala observa que la falta de jurisdicción, que apareja la falta de competencia habida cuenta de la relación genero especia entre éstas, aducida por la recurrente no se originó en la sentencia porque incorrecciones como esas se verifican cuando el juez que carece de jurisdicción, y por contera de competencia, avoca el conocimiento del asunto, lo que en el sub lite se dio en el momento que admitió la demanda.

Así, si el asunto que era de conocimiento de la jurisdicción ordinaria en su Especialidad del Trabajo y la Seguridad Social y no obstante fue conocido por la especial de lo Contencioso Administrativo, el posible vicio se habría configurado *ab initio* y no en la sentencia recurrida, por manera que no configuraría la causal de revisión que se adujo y el cargo no prospera."

FUENTES: Artículo 188 del C. C. A.

DECISIÓN:

"**DESESTÍMASE** el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la señora Mary Quiroga Carrillo contra la sentencia del 4 de septiembre de 2008 dictada por la Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"La Universidad Distrital Francisco José de Caldas solicitó la nulidad de la Resolución 030 del 29 de febrero de 1996, por medio de la cual se reconoció pensión de jubilación a la señora **Mary Quiroga Carrillo**.

A título de restablecimiento del derecho pretendió el reintegro de \$228'007.967, por concepto de mesadas pensionales, el pago de \$19'139.805 y \$ 17'742.549, por concepto de mesadas adicionales de junio y diciembre respectivamente.

Pidió también la entidad que las anteriores sumas de dinero debían ser reintegradas, con su respectiva corrección monetaria, desde el 31 de diciembre de 1995, fecha en que se concedió la pensión de jubilación a la demandada y hasta cuando se suspendan los actos administrativos acusados o en su defecto, a la fecha de ejecutoria de la sentencia que declare la nulidad de los mismos."

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección "C", accedió parcialmente a las súplicas de la demanda."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA:

"Concluyó que la demandante está comprendida en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque para el 30 de junio de 1995 tenía más de 35 años y más de 15 años de servicios, por tanto, las normas que regulan la edad, el tiempo de servicios y el monto son las leyes 33 y 62 de 1985.

(...)

Finalmente, respecto de la petición de la Universidad consistente en el reintegro de los valores pagados en exceso por el reconocimiento pensional con base en factores convencionales, la Sala no encontró procedente tal solicitud, por cuanto, según el artículo 136 numeral 2 del Código Contencioso Administrativo no hay lugar a recuperar prestaciones pagadas a particulares de buena fe."

DECISIÓN:

"El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" en sentencia del 4 de septiembre del 2008 confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca".

OBSERVACIONES: En el mismo sentido, sobre la causal de revisión del numeral 6 del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, ver sentencias del Consejo de Estado, Sala Plena del 6 de agosto de 2013, Rad.: 200100240; 7 de mayo de 2013, Rad.: 20054201; 23 de julio de 2013, Rad.: 2002007801; 26 de febrero de 2013, Rad.: 20040000501; 7 de octubre de 2014, Rad.: 1998001800; 26 de febrero de 2013, Rad.: 200000247; 2 de abril de 2013, Rad.: 1999228; 2 de abril de 2013, Rad. 199900203; 17 de julio de 2013, Rad. 201200231; 6 de agosto de 2013, Rad. 20110141; 6 de agosto de 2013, Rad. 200901223; 6 de agosto de 2013, Rad. 200900687; 17 de julio de 2013, Rad.: 200900062; 26 de febrero de 2013; 6 de agosto de 2013, Rad.: 200800176; 26 de febrero de 2016, Rad.: 200600668; 6 de agosto de 2013, Rad. 200500934.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

Ficha
No. 3

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Recurso extraordinario de revisión	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 110010315000 19990019001	FECHA: 6/8/13
PONENTE: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas		ACTOR: Wilson Rubio Fierro	
DEMANDADO: Ministerio de Hacienda Y Crédito Público Y otros			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	X	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
----	--	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque el recurso no prosperó.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Numeral 2 del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo [Decreto Ley 01 de 1984].

TEMA PRINCIPAL: Recurso extraordinario de revisión: Causales. Pruebas documentales recobradas. Preexistencia.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Invocó como causal de revisión la prevista en el numeral 2° del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, que establece como motivo de revisión "Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria".

[...]

Dijo que la resolución No. 04989 del 28 de noviembre de 1991, que declaró insubsistente el nombramiento del cargo que desempeñaba, debió ser declarada nula, toda vez que el Decreto 1660 de 1991 y la Resolución No. 04532 del 28 de octubre de 1991 fueron declarados inexecutable y nula, respectivamente, por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Agregó que, como para la fecha de la sentencia del 19 de marzo de 1997, que puso fin al proceso ordinario, no se había dictado la sentencia que declaró nula la resolución No. 04532 de 1991 y que de haber obrado en el proceso otra habría sido la decisión de la Sección Segunda de esta Corporación, solicitó que se tenga como medio probatorio la mencionada sentencia de nulidad, que por fuerza mayor no pudo aportar al proceso, porque no existía."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"De acuerdo con lo anterior, para que se configure la causal invocada por el actor es necesario, como lo anota la jurisprudencia de esta Corporación, que la prueba documental aportada con el recurso extraordinario de revisión haya existido antes del proferimiento del fallo recurrido, pues el artículo 188, numeral 2º, del Código Contencioso Administrativo es claro en determinar que se trata de documentos decisivos recobrados, esto es, que existieran antes del fallo, pero que por circunstancias ajenas al recurrente no se pudieron aportar y que de haberse aportado otra hubiera sido la decisión.

En ese orden, la preexistencia del documento antes del fallo objeto de revisión es uno de los elementos indispensables para la procedencia del recurso extraordinario de revisión fundado en la causal del numeral 2º del artículo 188 del C. C. A."

FUENTES: Artículo 188 del C. C. A.

DECISIÓN:

"**NO PROSPERA** el recurso extraordinario de revisión interpuesto por WILSON RUBIO FIERRO contra la sentencia del 19 de marzo de 1997, proferida por la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"1. Dijo que demandó, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la resolución número 04989 del 28 de noviembre de 1991, que declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario No. 3020 – 06, que ocupaba en la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2. Adujo que el acto demandado se fundamentó en la Resolución No. 04532 del 28 de octubre de 1991 y en el Decreto 1660 de 1991, por los que se invitó a los funcionarios del Ministerio a acogerse al Plan Colectivo de Retiro Compensado. Que dicho decreto 1660 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional."

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 1º de septiembre de 1995, negó las pretensiones de la demanda".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA:

"El Consejo de Estado concluyó que el demandante era un funcionario de libre nombramiento y remoción, razón por la que no gozaba de las prerrogativas de la carrera administrativa. Por tanto, si la Administración quería retirarlo del servicio, podía legalmente hacerlo en uso de la facultad discrecional de remoción.

Dijo que los efectos de la sentencia de inexecutable del Decreto 1660 de 1991, proferida por la Corte Constitucional el 13 de agosto de 1992, sólo se predicaban respecto de aquellos funcionarios amparados por las prerrogativas de la carrera administrativa, condición que el demandante no tenía."

DECISIÓN:

"La Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, mediante sentencia del 19 de marzo de 1997, confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 1° de septiembre de 1995, que había negado las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el actor contra los actos administrativos que lo retiraron del cargo que desempeñaba en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público."

OBSERVACIONES: En el mismo sentido, sobre la causal de revisión del numeral 2° del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, ver sentencias del Consejo de Estado, Sala Plena del 9 de julio de 2013, Rad.: 200200132; 2 de abril de 2013, Rad.: 200201262; 30 de septiembre de 2014, rad.: 2007001081; 30 de septiembre de 2014, Rad.: 200900415; 7 de octubre de 2014, Rad.: 201001284; 17 de julio de 2013, Rad.: 201101232; 17 de julio de 2013, Rad.: 201001080; 7 de mayo de 2013, Rad.: 201000914; 7 de mayo de 2013, Rad.: 200900688; 6 de agosto de 2013, rad.: 200900048; 26 de febrero de 2013, 200800638; 26 de febrero de 2013. Rad.: 200800181; 17 de julio de 2013, Rad.: 199900231; 26 de febrero de 2016, Rad.: 20070140; 26 de febrero de 2013, Rad. 200700066; 17 de julio de 2013, Rad.: 200700060; 23 de julio de 2013, Rad.: 200601174; 26 de febrero de 2013, rad.: 200600482; 26 de febrero de 2013, Rad. 200501005; 7 de mayo de 2013, Rad.: 200500203; 6 de agosto de 2013, Rad.: 200401210; 30 de septiembre de 2014, Rad.: 200701081.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Recurso extraordinario de revisión	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 110010326000 19990019201	FECHA: 01/04/14
--	---	---	---------------------------

PONENTE: Carlos Alberto Zambrano Barrera **ACTOR:** Leoncio Rodríguez García

DEMANDADO: Ministerio de Defensa Nacional

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	X	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
----	--	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque no procedió el recurso.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 187 del C. C. A.

TEMA PRINCIPAL: Recurso extraordinario de revisión: termino. Caducidad: Busca que las sentencias adquieran inmutabilidad.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

(...) "es viable la revisión de la sentencia por tipificarse la causal 6° del artículo 188 C. C. A., en armonía con el art. 152 C. P. C., en su causal 2° por incompetencia de la Sección segunda (sic) del Consejo de Estado para revocar la sentencia que había accedido a las pretensiones de la demanda proferida en única instancia por el Tribunal Administrativo del Huila".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"El recurrente ha invocado como causal de revisión, la contemplada en el numeral 6 del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: "Esta causal se invoca teniendo en cuenta la incompetencia de la Sección Segunda (sic) del Consejo de Estado, siendo que el juicio fue tramitado como de única instancia al tenor de lo previsto en los artículos 207, 208 del Código Contencioso Administrativo, en el inciso tercero del numeral 6 de los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el decreto 3867 de 1.985 y el pronunciamiento de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en Sentencia (sic) Pronunciada (sic) el 1 de septiembre de 1.987 en el expediente 2175 tal como lo expresa el Tribunal Administrativo del Huila, y del artículo 20 del C. P. C. es por lo que es viable la revisión de la sentencia por tipificarse la causal 6° del artículo 188 C. C. A., en armonía con el art. 152 C. P. C., en su causal 2° por incompetencia de la Sección segunda (sic) del Consejo de Estado para revocar la sentencia que había accedido a las pretensiones de la demanda proferida en única instancia por el Tribunal Administrativo del Huila."

FUENTES: Artículo 187 y numeral 6 del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo

DECISIÓN:

"DECLÁRASE la ocurrencia de la CADUCIDAD del recurso extraordinario de revisión interpuesto por Leoncio Rodríguez García contra la sentencia proferida el 13 de marzo de 1995 por la Sección Segunda del Consejo de Estado."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

1. El actor era miembro del cuerpo de oficiales de la Policía Nacional y para 1982 ostentaba el rango de Capitán.
2. Contra el demandante fueron iniciadas unas actuaciones penales y disciplinarias, por hechos acaecidos en el servicio; sin embargo, cuando aún no se había tomado decisión definitiva en ninguna de ellas, por voluntad del Gobierno Nacional fue retirado del servicio, mediante decreto 1088 de 19 de abril de 1982.
3. El 2 de septiembre de 1982, en ejercicio de la entonces acción de plena jurisdicción, el demandante presentó demanda contra el acto de retiro, demanda que fue rechazada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de 29 de abril de 1983, siendo confirmado en providencia de 30 de mayo de 1984, por esta Corporación.
4. Posteriormente, el 10 de junio de 1986, el actor intentó nuevamente la acción, con fundamento en que había sido absuelto, por la justicia penal, de los delitos que se le imputaban y que, en su sentir, habían sido la causa real que motivó su retiro del servicio."

DECISIÓN:

El Tribunal Administrativo del Huila "ordenó el restablecimiento del derecho, pues encontró probado que el acto demandado adolecía de desviación de poder, bajo el entendido de que el retiro no esperó los resultados de las acciones disciplinarias y penales que se adelantaban en contra del entonces oficial".

5. SEGUNDA INSTANCIA

DECISIÓN:

El 13 de marzo de 1995 el Consejo de Estado revocó la sentencia apelada y declaró la ocurrencia del fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Recurso extraordinario de revisión	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-03-15-000-2012-00228-00	FECHA: 30/09/14
PONENTE: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren		ACTOR: Campo Elías Reyes Pacheco	

DEMANDADO: Nación – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	X	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se declaró impróspero el recurso.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: numeral 8, Artículo 188 del C. C. A.

TEMA PRINCIPAL: Cosa juzgada: Concepto. No se configura cuando se trata de procesos con objeto distinto. Recurso Extraordinario de Revisión: No se configura la causal de cosa juzgada cuando se trata de procesos diferentes.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El recurrente, invocan la causal 8 del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, esto es: "Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada."

En esa dirección argumentó lo siguiente:

1.-) En primer lugar, luego de transcribir apartes de la sentencia referidos al acta de inspección contable que estima respetan lo señalado en precedencia en la sentencia que cita como quebrantada , a renglón seguido considera que la sentencia cuya revisión se impetra cambia de posición porque la liquidación no se basó solo en la inspección contable, al afirmar que se tuvieron en cuenta otras pruebas que fueron cuestionadas por el demandante, y no se tuvo en cuenta pruebas aportadas o practicadas por la primera, ni la segunda instancia.

Después de referir al párrafo que resta fuerza al razonamiento de la anulabilidad de los actos de determinación oficial derivado del acta de inspección tributaria, con fundamento en los actos demandados y que su correspondiente orden de adición no se basó únicamente en las constataciones

de la inspección contable, sino que además se fundamentó en la aplicación del método presuntivo de control basado en los ingresos declarados en un determinado periodo, a partir del cual la administración tributaria determinó los márgenes de utilidad aplicables al periodo verificado, y por ende al ejercicio, cuestiona si el fallo anterior dejó en firme la liquidación privada del cuarto bimestre de IVA dando al traste con las demás pruebas que reposan en el expediente, se pregunta la recurrente con qué fundamento, la sección revive dichas pruebas en otro expediente destinatario del acervo probatorio, porque no se debe olvidar que todas las pruebas se obtuvieron dentro del procedimiento tributario que la misma Sección decretó su nulidad.

Alude que, en el evento de que se fuese a sostener la tesis, se tenía que ser consecuente con ella valorando las pruebas decretadas y practicadas, o que por culpa de la demandada no fueron allegadas, constituyendo indicio grave que favorece plenamente al demandante contribuyente, enumerando las que estima debieron valorarse: la certificación de estudio de margen de utilidad de la actividad económica de los supermercados de alimentos, abarrotes, víveres y carnes codificada con el 5211; certificación y declaración juramentada por contador público, en donde se prueba que el margen de utilidad no es del 53.96% sino del 10.74%; y el certificado especial de Cámara de Comercio donde consta la dejación de la actividad mercantil por parte del demandante el 4 de mayo cancelando su matrícula.

2.) En segundo lugar argumenta que la sentencia precedente deja en firme la declaración de venta del cuarto bimestre de 2001 con las consecuencias de que los ingresos por ese periodo que quedan en firme son \$1.762.247.000 y no \$2.567.518.000, con una diferencia menor de \$805.271.000, los cuales deben disminuirse de los supuestos ingresos en la liquidación de renta.

Agrega que la diferencia del ingreso en la declaración de renta del año 2001 es de \$1.063.101.000 resultado de restar al valor oficial el valor declarado, se debe restar los \$805.271.000, solo arroja un supuesto mayor ingreso de \$257.830.000 resultando un impuesto a cargo no superior a \$77.272.000 y sería esa la base para determinar algún tipo de sanción adicional.

Concluye que se omitió la valoración de la inspección contable y las demás pruebas a favor del contribuyente, generando una inequidad absurda. Más adelante señala que la violación del derecho de defensa no se puede distraer con la supuesta validez de otras pruebas y desconocer la validez de otras con una simple omisión de valoración, como si no reposaran en el expediente.

Afirma tratarse de darle plena consecuencia jurídica a la primera sentencia, porque al quedar en firme la declaración de IVA del cuarto bimestre, tiene incidencia en la disminución del ingreso constitutivo de renta”.

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

“Esto, en tanto la cosa juzgada está llamada a garantizar la unidad de la jurisdicción, de modo que solamente haya un pronunciamiento sobre la misma materia. Así, cuando la jurisdicción se agota con una decisión, ésta se vuelve intangible por antonomasia y ningún otro juez puede volver sobre el asunto, pues de hacerlo, sería posible el hallazgo de dos sentencias contradictorias sobre idéntica controversia lo cual desconocería la unidad de jurisdicción y lesionaría la seguridad jurídica, pues la aplicación de unas mismas normas a un caso idéntico, no puede conducir razonablemente a resultados distintos.

Quiere decir que para que se acepte la existencia de cosa juzgada se requiere que la materia objeto de decisión del nuevo proceso ya haya sido resuelto, que el motivo o razón para obrar o accionar sea el mismo y que entre ambos procesos exista identidad jurídica de partes, esto es, sean las mismas.”

FUENTES: Estatuto Tributario, artículo 760.

DECISIÓN:

"Declarase impróspero el recurso extraordinario de revisión interpuesto por CAMPO ELIAS REYES PACHECO, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 25 de noviembre de 2010 que revocó la primera instancia del Tribunal Administrativo del Cesar y en su lugar negó las pretensiones de la demanda."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

El señor Campo Elías Reyes Pacheco inició un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- frente al Tribunal Administrativo de Valledupar con la finalidad de:

- a) Declarar la nulidad de la Resolución No. 240012005000001 del 27 de mayo de 2005, expedida por el despacho de la Administración de Impuestos Nacionales de Valledupar, notificada el 28 de junio de 2005, mediante la cual se confirma en todos sus partes la liquidación oficial de revisión No. 240642004000026 del 04 de noviembre de 2004, proferida por la División de Liquidación de la misma administración.
- b) Declarar la nulidad de la liquidación oficial de revisión No. 240642004000026 de 04 de noviembre de 2004 proferida por la División de Liquidación de Impuestos Nacionales de Valledupar, por medio de la cual se modifica la liquidación privada del impuesto de renta de 2001 del contribuyente Campo Elías Reyes Pacheco.
- c) Confirmar en todas sus partes la liquidación privada contenida en la declaración de renta y complementarios del contribuyente Campo Elías Reyes Pacheco, por el año gravable 2001, presentada el 15 de junio de 2004 y radicada bajo el No. 01494020593901, en el Banco de Bogotá de la ciudad."

DECISIÓN:

Accede a las pretensiones, declara la nulidad de los actos acusados y confirma la liquidación privada contenida en la declaración de renta y complementarios del contribuyente Reyes López &Cía. Ltda. por el año gravable 2001.

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA:

"En consecuencia, siendo que el auto que abre la investigación es simplemente una forma de controlar el inicio de las investigaciones preliminares al comenzar la actuación tributaria, su expedición es meramente facultativa y su falta de notificación no vicia de nulidad el procedimiento de determinación oficial del impuesto a través de la liquidación oficial de revisión, ni viola el derecho de defensa del investigado, comoquiera que no es el acto que inicia la actuación tributaria de determinación en su contra, ni contiene decisión alguna que lo afecte y que, en esa medida, deba notificársele de acuerdo al art 565 del Estatuto Tributario."

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

Ficha
No. 6

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Recurso extraordinario de revisión	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-01-31-500-02008-01253-00	FECHA: 30/09/14
PONENTE: Guillermo Vargas Ayala		ACTOR: Fondo de Previsión Social del Congreso (FPSCR)	
DEMANDADO: Luis Francisco Boada Gómez			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	X	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se declaró inhibida la Sala.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

TEMA PRINCIPAL: Recurso extraordinario de revisión: Nuevas causales de revisión. Objeto, tipificación, oportunidad, competencia y trámite.

Legitimación por activa: el legislador la asignó a especiales y determinadas autoridades. Declaración de oficio.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El Hecho central del recurso extraordinario radica en que *la cuantía de la mesada pensional ordenada por el Consejo de Estado a favor de Luis Francisco Boada excede el monto de lo que en derecho le corresponde pues al incluir las primas semestral y de navidad desconoce, el tope legal establecido en el artículo 2° del Decreto 314 de 1994, violando así al obligar al Fondo a reconocer y pagar para el año 2002 una pensión muy superior a la debida.*

[...]

La liquidación, en la forma dispuesta por la providencia impugnada atenta contra el patrimonio público y desconoce el principio de moralidad administrativa."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Nuevas causales. De conformidad con el artículo 188 del C. C. A., contra una providencia judicial –cualquiera que ella sea– procede el recurso extraordinario de revisión, por una de las ocho causales allí señaladas. Ahora bien, contra las providencias que *"hayan decretado o decreten reconocimiento o que imponga al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza"*, procederá el recurso de revisión, además de por las ocho causales del artículo 188 C. C. A., por alguna de las dos nuevas causales, establecidas en el citado artículo 20, a saber: *"a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables."*

Las nuevas causales tienen las siguientes características:

a. Objeto: Revisar una sentencia, una transacción o conciliación judicial o extrajudicial que hayan decretado o decreten el reconocimiento o que impongan al tesoro público o a fondos de naturaleza pública la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza. La novedad de estas causales consiste en extender la revisión a una transacción o conciliación judicial o extrajudicial tema que antes estaba reservado al reexamen de sentencias ejecutoriadas.

b. Tipificación. a) Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación al debido proceso, y b) Cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables".

(...)

c. Oportunidad. El texto original del artículo 20 señalaba que las providencias judiciales proferidas *"en cualquier tiempo"*, podrían igualmente ser demandadas en revisión *"en cualquier tiempo"*, expresiones ambas, que fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional...

(...)

d. Competencia. La revisión de las sentencias, conciliaciones y transacciones, previstas en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 será conocida por el Consejo de Estado o por la Corte Suprema de Justicia según su respectiva competencia.

e. Legitimación por activa.

(...)

- El Legislador asignó la legitimidad por activa en forma exclusiva a determinadas y especiales autoridades (El Gobierno Nacional, solo a través de sus Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Hacienda y Crédito Público, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República), a las cuales la Constitución Política les asigna específicas funciones atinente al tema estudiado para que, en presencia de una de las causales, puedan acudir a la respectiva Alta Corte (Consejo de Estado o Corte Suprema de Justicia), para solicitar la revisión de una sentencia ejecutoriada.

(...)

f. Trámite. El inciso tercero del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, ordena que el trámite a seguir para la revisión de las nuevas causales allí previstas es el mismo señalado para el recurso extraordinario de revisión en el respectivo Código, que para estos efectos es el C. C. A."

FUENTES: Artículo 20 Ley 797 de 2003, Art 188 C. C. A.

DECISIÓN:

"De conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de esta decisión, DECLÁRASE INHIBIDA para pronunciarse de fondo con respecto a la solicitud de revisión de la sentencia proferida en segunda instancia."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

El señor Campo Elías Reyes Pacheco inició un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Fondo de Previsión Social del Congreso (FPSCR) ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con la finalidad de que se declarara la nulidad parcial de la Resolución 1174 de 2003 del Fondo.

Como restablecimiento del derecho pidió: **a)** La reliquidación de la pensión para que en ésta fueran incluidas las primas semestral y de servicio, y **b)** La reliquidación de su mesada pensional a partir del 13 de agosto de 2002, de tal suerte que ésta fuera equivalente al 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, sin sometimiento a tope o limitación alguno".

DECISIÓN:

Accede a las pretensiones parcialmente.

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA:

"En tal virtud y como quiera que el Acuerdo 26 de 1986 no puso un límite máximo en salarios mínimos, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 31 de enero de 2008, confirmó la sentencia apelada en cuanto ordenó incluir la prima semestral y la prima de navidad como factores salariales, ordenando una nueva liquidación de la pensión *"sin consideración al tope máximo fijado en el artículo 2° del Decreto 314 de 1994."*

DECISIÓN: La Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado revoca la sentencia en la parte desfavorable y accede a todas las pretensiones.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

Mecanismo Eventual de Revisión

Ficha
No. 1

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Mecanismo eventual de revisión	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 17001333100120 090156601 (MER)	FECHA: 03/09/2013
PONENTE: Mauricio Fajardo Gómez		ACTOR: Javier Elías Arias Idárraga	
DEMANDADO: Municipio de Chinchiná			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	X

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO
	X

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque no se accedió a las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Ley 1285 de 2009, artículo 2 de la Ley 1425 de 2010, Ley 472 de 1998, Ley 361 de 1997, Decreto 1538 de 2005.

TEMA PRINCIPAL: Incentivo económico: Unificación de jurisprudencia. Improcedencia de su reconocimiento dentro de los procesos iniciados con anterioridad a la expedición de la Ley 1425..

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Revisión eventual de las sentencias proferidas en acciones populares: Características y alcance.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El 19 de octubre de 2010, la parte demandante solicitó al Tribunal Administrativo de Caldas la remisión del expediente al Consejo de Estado con el fin de que la sentencia proferida el día 7 de los mismos mes y año pudiese someterse a su eventual revisión, para lo cual el libelista señaló que **i)** la decisión de denegar el incentivo resultaba ilegal, no obstante que la acción constitucional había prosperado; **ii)** "... respecto a mi inasistencia al pacto he mandado innumerables documentos para que sean tenidos como efectos inter comunis, pues tengo problemas de seguridad ..."."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"1. Características y alcance de la revisión eventual de las sentencias proferidas en acciones populares.

La Revisión Eventual de sentencias comporta importantes características y particularidades que la distinguen tanto de los recursos ordinarios, primordialmente, como de los extraordinarios de casación y de revisión, especialmente. De allí que parezca acertado acoger a este respecto la clasificación doctrinal referida a los denominados indistintamente *recursos excepcionales*, *procesos de impugnación excepcionales* o *procesos de impugnación en grado supremo*, puesto que la Revisión Eventual responde en buena medida a la idea de un proceso autónomo atribuido funcionalmente a la competencia del máximo órgano jurisdiccional y justificado en motivos trascendentes y externos al proceso judicial de origen, como son la justicia y la seguridad jurídica; son igualmente reconocibles en la Revisión Eventual otras connotaciones que caracterizan ese tipo de procesos impugnatorios especiales o excepcionales como el reconocimiento de poderes amplios en relación con el juez superior competente para conocer de ese mecanismo.

(...)

La revisión eventual de las sentencias proferidas en acciones populares y de grupo.

La revisión eventual en materia de acciones populares y de grupo, cuyo conocimiento, como ya se precisó, se encuentra atribuido al Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, tiene como propósito único y fundamental la unificación de la jurisprudencia.

(...)

conceptualmente no corresponde a una clase de recurso sino más bien a un medio impugnativo especial o excepcional sino más bien a un **medio impugnativo especial o excepcional**, en atención a las siguientes características y

(...)

A juicio de la Sala, la postura expuesta permite entender que la propia Corte Constitucional reconoció la incidencia que tiene y debe tener la revisión eventual en la garantía efectiva de los derechos e intereses que constitucionalmente están llamadas a proteger las acciones populares y de grupo y, por esa misma razón, la realización de la función de unificación de la jurisprudencia en estas materias como la única facultad que, dice la Corte Constitucional, le atañe al Consejo de Estado en ejercicio de esa atribución, no puede en modo alguno desligarse de ese propósito fundamental, máxime si se tiene en cuenta que esa misma Alta Corporación fue enfática al advertir y precisar que la condición que la Carta Política le atribuyó al Consejo de Estado para actuar como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo "**se traduce en la intervención como órgano de última instancia que pone fin a las controversias propias de esa jurisdicción**".

Aunado a lo anterior, cabe destacar que aun cuando la Corte Constitucional fue igualmente enfática en señalar que la facultad de revisión eventual de las acciones populares y de grupo atribuida al Consejo de Estado "**no puede ser asimilada a la facultad asignada a la Corte Constitucional para la revisión eventual de los fallos de tutela**", dicha Corporación basó tal distinción *únicamente* en el aspecto atinente a la exigencia de motivación de la decisión de selección para revisión, al punto que advirtió que la Constitución Política "autorizó directa y exclusivamente" a la Corte Constitucional

"la decisión de revisar o no un fallo de tutela" como una "potestad eminentemente discrecional y autónoma" y sólo a partir de tal diferenciación concluyó que "si bien es constitucionalmente legítimo que el Consejo de Estado cumpla función de revisión eventual en acciones populares y de grupo, también lo es que las decisiones al respecto sean motivadas, no sólo cuando se selecciona un asunto sino también cuando se desestima su revisión".

Por lo dicho, para el Consejo de Estado el entendimiento que debe darse a la función de unificación de la jurisprudencia que le fue legalmente atribuida como juez de revisión de las sentencias proferidas en acciones populares y de grupo permite concluir que la revisión eventual no puede quedar atada a una finalidad puramente formal, porque por esa vía resultaría contraria a los fines supremos y esenciales que la Constitución Política le asigna a la Administración de Justicia, puesto que según ese inaceptable modo de razonar se tendría que aunque se estuvieren verificando la ilegalidad del fallo, su injusticia, su(s) vicio(s), sus iniquidades y demás vicisitudes que pudieren en un momento dado afectar la realización material de la justicia en un caso específico, se alegraría que a pesar de estar efectuando su revisión no podría hacerse nada para corregirlos, cuestión que resultaría, a su vez, abiertamente contraria a los pronunciamientos de la propia Corte Constitucional, Corporación para la cual **"La función de unificación de la jurisprudencia es un requisito indispensable para lograr la igualdad de trato y en la aplicación del derecho, razón por la cual no puede sujetarse a restricciones normativas que eliminan su realización en amplias áreas del derecho"**.

En ese sentido, el Consejo de Estado estima necesario reiterar que si bien la finalidad de unificar la jurisprudencia constituye el único criterio o parámetro que puede tenerse presente al momento de decidir si se selecciona, o no, una decisión para su eventual revisión, lo cierto es que más adelante, esto es después de que se haya efectuado la respectiva escogencia, cuando llegue la oportunidad procesal de proferir la providencia con la cual se ponga fin a la revisión eventual y se proceda, en consecuencia, a cumplir la referida tarea de unificación jurisprudencial, en ese momento la Corporación, después de un examen integral acerca del asunto al que se refiere la decisión seleccionada para revisión y según las particularidades de cada caso, deberá resolver entonces si hay lugar, o no, a confirmar, a modificar o incluso a revocar el pronunciamiento objeto de revisión eventual.

Así pues, desde ahora se precisa que al efectuar la unificación jurisprudencial en virtud del mecanismo de revisión eventual, no siempre será necesario que la Corporación profiera una decisión que se ocupe de resolver de fondo el caso concreto que dio lugar a la expedición de la providencia objeto de revisión eventual, puesto que ese será un aspecto que en cada oportunidad deberá examinarse y decidirse a la luz de las particularidades de cada caso concreto, para cuyo propósito, entre otras cuestiones de importancia, habrá de considerarse cuál es la incidencia que en el respectivo caso pueda representar la línea en la cual se realice la correspondiente unificación jurisprudencial.

[...]

De conformidad con lo anterior, se impone concluir que la supresión del incentivo económico que aquí se comenta constituyó el propósito explícito del legislador cuando discutió y aprobó el proyecto que finalmente se convirtió en la Ley 1425, aspecto que reafirmó la Comisión Accidental integrada por miembros de ambas Cámaras del Congreso de la República, dentro del informe de conciliación correspondiente al aludido Proyecto de Ley 169 Senado y 056 Cámara, informe que fue aprobado por las Plenarias de la Cámara de Representantes y del Honorable Senado de la República.

(...)

La Sala estima que el incentivo, entendido como el estímulo, la compensación o la retribución económica que la ley autorizaba reconocer por la labor diligente que hubiere realizado el actor popular a favor de la comunidad en búsqueda de la protección de sus derechos e intereses colectivos.

(...)

En relación con este último aspecto, el Consejo de Estado también estima relevante puntualizar que de manera alguna podría aceptarse que por el hecho de que en sede de segunda instancia el respectivo Tribunal Administrativo hubiere dictado sentencia –como ocurrió en este caso– antes de la expedición de la Ley 1425 de 2010 y mediante la misma se hubiere accedido al reconocimiento del incentivo, tendría entonces que entenderse que tal estímulo se habría consolidado como un derecho adquirido y que, por consiguiente, su derogatoria no podría resultar afectada por su inexistencia hacia el futuro.

(...)

El acceso al incentivo económico dentro de aquellos procesos iniciados en ejercicio de la acción popular antes de la expedición de la Ley 1425 resulta improcedente, habida cuenta de la inexistencia de los preceptos que, con ocasión de la expedición de dicha ley, preveían el reconocimiento de tal estímulo.

(...)

4. El caso concreto

(...)

Ahora bien, al efectuar el examen detallado del caso concreto citado en la referencia, dentro del cual se dictó la providencia que fue seleccionada para revisión eventual y que ha dado lugar a que aquí se unifique la jurisprudencia en torno a la derogatoria de la figura del incentivo económico inicialmente previsto para las acciones populares, así como acerca de la improcedencia de su reconocimiento en procesos que aunque promovidos con anterioridad a la expedición de la Ley 1425 aún no han culminado de manera definitiva, la Sala considera que las particularidades del caso en estudio imponen la necesidad de proferir un fallo que sustituya la sentencia que adoptó el Tribunal Administrativo del Caldas en segunda instancia, comoquiera que se encuentra –según se expondrá detalladamente a continuación– que la parte demandada no vulneró los derechos colectivos cuya protección invocó la parte actora y, por lo tanto, resultaría contrario a los fines materiales de realización de justicia mantener incólume el fallo de segunda instancia que, por el contrario, estimó procedente declarar la violación de tales derechos colectivos, al igual que resultaría inaceptable que una vez efectuada la revisión eventual de dicha decisión y después de advertir la inconsistencia probatoria que afecta sus conclusiones, el Consejo de Estado en su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo mantuviera silencio al respecto, se limitara a realizar la mencionada unificación jurisprudencial y permitiera que en el mundo jurídico permaneciera una sentencia que contraría los fines de la justicia, que se apoya en premisas fácticas equivocadas y que, por ende, se aparte de los principios, los dictados y las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico colombiano.

(...)

En ese orden de ideas, la Sala estima infundada la conclusión a la cual arribó el Tribunal Administrativo de Caldas, Corporación que consideró que a pesar de los esfuerzos del Municipio de Chinchiná y de la Casa de la Cultura por adecuar un inmueble que tiene más de cincuenta años de construido, aún posee ciertas condiciones que atentan contra el principio accesibilidad que deben respetar las edificaciones públicas y privadas abiertas al público, dado que el escaso acervo probatorio evidencia lo contrario.

La Corporación vislumbra, además, la rotunda pasividad probatoria con la cual actuó el actor popular en este asunto, actuación que constituye una inobservancia a lo prescrito en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, a cuyo tenor *"la carga de la prueba corresponderá al demandante"*, en armonía con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*.

Finalmente, la Sala precisa que si bien la Casa de la Cultura de Chinchiná es una entidad privada sin ánimo de lucro, lo cierto es que el inmueble en el cual funciona la citada casa cultural es de propiedad del ente territorial demandado y a ello se agrega que en el aludido inmueble también tiene su sede la Biblioteca municipal, razón por la cual al municipio de Chinchiná le asiste interés dentro de este proceso y, por lo mismo, este asunto le compete a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En consecuencia, se revocará la sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Caldas y se denegarán las súplicas de la demanda".

FUENTES: Ley 1285 de 2009, artículo 2 de la Ley 1425 de 2010, Ley 472 de 1998, Ley 361 de 1997, Decreto 1538 de 2005.

DECISIÓN:

"PRIMERO: UNIFICAR la Jurisprudencia en relación con la derogatoria del incentivo económico en el marco de las acciones populares a partir de la promulgación, en diciembre de 2010, de la Ley 1425, así como en torno a la improcedencia de su reconocimiento, incluso en aquellos procesos promovidos con anterioridad a la expedición dicha Ley 1425, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 7 de octubre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Caldas y, en consecuencia, DENEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: En firme éste proveído, REMÍTASE el expediente al Juzgado de origen, para lo de su competencia."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Mediante escrito presentado el 19 de octubre de 2009, el señor Javier Elías Arias Idárraga instauró demanda en ejercicio de la acción popular contra el Municipio de Chinchiná, con el fin de que se ampararen los derechos colectivos al goce del espacio y utilización y defensa de los bienes públicos, a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente y a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos con sujeción al ordenamiento, de manera ordenada y brindándoles prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

La parte demandante narró, en síntesis, que en el sitio "donde funciona y presta los servicios al público la Casa de la Cultura del municipio de Chinchiná nunca se proyectó que este inmueble tuviera rampas a todos los pisos de dicha edificación. Además no se garantiza acceso real, seguro, ni efectivo a la totalidad del inmueble. ACCESIBILIDAD". Agregó que debido a la inexistencia de construcciones adecuadas en el inmueble, "la comunidad en general se ha visto afectada en sus derechos colectivos d, l, m, Ley 472 de 1998, Ley 361 de 1997. La situación expuesta además de estar consagrada como una violación de los literales d) y m) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, constituyen una transgresión evidente y manifiesta de la Ley 361 de 1997".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: "el Tribunal Administrativo a quo precisó el alcance de la Ley 361 de 1997 y en tal sentido destacó el interés del Legislador por otorgar una mejor condición de vida a las personas que sufren de algún tipo de limitación, permitiéndoles que tengan acceso fácil a todos los espacios o áreas comunes de los edificios, públicos y privados, y puedan realizar sin ninguna dificultad las diligencias o actividades que en derecho deseen>>.

En consecuencia, destacó la importancia del principio de 'accesibilidad' y la obligación de la Administración Pública de destinar los recursos correspondientes para la adecuación de sus bienes <<incorporando en sus planes de desarrollo económico y social, programas y proyectos que permitan la cabal realización de la mencionada Ley 361>>.

De otro lado, en relación con el incentivo económico solicitado por el actor popular, el Tribunal Administrativo a quo se abstuvo de reconocerlo, comoquiera que el demandante había inasistido, de manera injustificada, a la audiencia de pacto de cumplimiento y "... tal comportamiento demuestra un nivel reprochable de desatención de los deberes que implica la presentación de una acción de esta naturaleza, en tanto con esa conducta se ha imposibilitado la celebración de un pacto de cumplimiento en orden a garantizar la inmediata o pronta protección de los derechos e intereses colectivos correspondientes".

DECISIÓN: A través de sentencia de 7 de octubre de 2010, revocó parcialmente el ordinal primero del fallo de primera instancia y, en su lugar, declaró al Municipio de Chinchiná y a la Casa de la Cultura de ese ente territorial, "*responsables de la violación del derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, consagrado en el artículo 4, literales m) de la Ley 472 de 1998*".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Susana Buitrago Valencia, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Alberto Yepes Barreiro, María Elizabeth García González, Marco Antonio Vellilla, Stella Conto Díaz del Castillo, María Claudia Rojas Lasso, Salvamento de voto conjunto: Martha Teresa Briceño de Valencia, Danilo Rojas Betancourth y Guillermo Vargas Ayala.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Mecanismo eventual de revisión	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 08001333100 320070007301 (MER)	FECHA: 08/10/13
PONENTE: Enrique Gil Botero		ACTOR: Yuri Antonio Lora Escorcía	
DEMANDADO: Municipio de Sabanalarga – Atlántico			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	X

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO
	X

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque no se negaron las pretensiones.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Ley 361 de 1997.

TEMA PRINCIPAL: Derecho al espacio público y su utilización por los discapacitados. Protección de las personas en condición de discapacidad. Derechos colectivos de las personas en condición de discapacidad. Protección constitucional: evolución. Concreción normativa de los derechos de los discapacitados. Personas en condiciones de discapacidad: Adecuaciones físicas de edificaciones y transporte público.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Acción popular: Facultad del juez para revisarla. Autonomía de la acción de cumplimiento y acciones populares.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"En el caso *sub iudice* se pone de manifiesto un conflicto donde se involucran las personas con minusvalía física visual y el Estado, que debe garantizarles ciertas condiciones mínimas de movilidad, para que gocen de las demás capacidades y aptitudes necesarias para realizar su vida laboral, familiar e incluso el goce de la vida.

[...]

Se considera que no está suficientemente decantada la jurisprudencia que existe sobre el derecho al espacio público y su utilización por los discapacitados, razón de más para intentar integrarla al sistema normativo que también la explica y funda. Esto significa que desde luego existe jurisprudencia al respecto, pero vale la pena integrarla a partir de este grupo especial de la sociedad, en relación con las condiciones en que tiene derecho a usarlo."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Si la libertad para revisar no fuera absoluta el mecanismo devendría inane, porque su resultado puede mostrar que la razón la tenga una u otra parte del proceso, y el Consejo de Estado no podría aplicar su conclusión sino pudiera decidir sin restricción. En estos términos, quien propuso la revisión, ni la parte que obtuvo sentencia favorable en segunda instancia, ni el ministerio público, pueden alegar el derecho a la *no reformatio in pejus*, cuando se desata este mecanismo judicial.

[...]

En este orden de ideas debe precisar la Sala, antes de avanzar en el tema, para que a partir de él se ordenen las providencias en esta materia, que la primera responsabilidad que tiene el juez de las acciones populares es la de resolver, de manera concreta, sobre todos y cada uno de los derechos colectivos invocados por el actor, para respetar aquella disposición del código de procedimiento civil que ordena decidir sobre cada uno de los puntos contenidos en la demanda y en la contestación.

La Sala echa de menos que tanto en la primera instancia como en la segunda -como aconteció en el caso concreto-, los jueces se abstuvieron de considerar por qué ninguno de los derechos colectivos invocados se consideró vulnerado. Y es que la carga argumentativa no debe ofrecerse en bloque, es decir, dando una misma razón para todos los derechos colectivos -salvo casos especiales- porque perfectamente los motivos por los cuales se viola o no se viola -o amenaza- alguno de ellos no coinciden con las razones para negar o conceder los demás. Y esto debe quedar claro en la providencia de cada instancia.

[...]

De esta manera surgió, en términos jurídicos, una doble perspectiva de las garantías de los limitados sicofísicos: i) la ratificación de sus derechos fundamentales, que les asegura una vida digna más llevadera y equiparada a la de las demás personas, por lo menos a la luz de estos derechos; y ii) la conformación de grupo de especial interés para el Estado y la sociedad, que adquiere -por ese sola circunstancia- una identidad que les facilita la visualización jurídica, política y económica, y la acción como grupo con derechos, que empiezan a trascender los individuales, para que nazcan los colectivos, los de ellos y los de otros, pero especialmente los suyos.

[...]

Sin embargo, la Constitución también dejó perfilada una categoría jurídica más, relacionada con los derechos que se apoyan en la idea de *solidaridad* entre las personas y del Estado con ellas, de ahí que algunos de ellos surjan tímidamente, apoyados en esta noción, pero tratando de perfilar unos derechos de tercera generación, con resultados concretos y reales.

En este sentido, la Sala no tiene duda de que la Constitución Política de 1991, y las leyes que la desarrollan, asignan muchos derechos o medidas de protección a los discapacitados con la misma configuración que los que tienen las personas sin discapacidad. Pero también observa, y esto es lo interesante, que el ordenamiento creó otros derechos, exigibles por este grupo de personas, y asignados por la sola limitación física, síquica o sensorial. Se trata, en unos casos, de derechos subjetivos -como los laborales y los de la seguridad social-; en otros, de derechos de corte económicos, social y cultural; y algunos más alcanzan la calidad de derechos colectivos, cuya explicación apenas está desarrollando el ordenamiento.

Pese a lo anterior, la Sala observa que existen algunos criterios mínimos, sobre los cuales se debe asentar el estudio -cualquier estudio- que involucre la demanda de protección de los derechos de las personas con discapacidad.

[...]

En primer lugar, hay que reconocer en el análisis de cada caso concreto que la declaración constitucional de que Colombia es un Estado Social de Derecho compromete a todos los órganos públicos, pero también a las organizaciones privadas y a los sujetos individualmente considerados, con la defensa de la persona como centro de las relaciones de poder y de interés, y por tanto tiene que estar en el núcleo de cualquier decisión o acuerdo que la afectación a la persona –en su integridad física, síquica o sensorial– es una variable que debe considerarse.

(...)

En este sentido, corresponde hacer presente, de manera más concreta, que la condición de discapacidad exige una *protección especial y reforzada del Estado* y de la sociedad, así que la materialización del amparo a las personas con problemas físicos, síquicos y sensoriales es una tarea aún más intensa y exigente, que compromete aún más a quienes desarrollan proyectos y políticas públicas o privadas.

De otro lado, la valoración de los derechos de los discapacitados supone tener en cuenta que su condición implica darles una *prevalencia sobre los derechos de los demás*, por razones puramente humanas, en las que se inspira la protección especial que el ordenamiento les prodiga. La razón de fondo que inspira este entendimiento, a su vez, reside en que la mayor protección al discapacitado equilibra jurídicamente –y artificialmente– la incapacidad que tiene para prodigarse los bienes y servicios que la naturaleza le impide tener por actitud y voluntad propia.

En tercer lugar, el criterio de la efectiva *inclusión social*, para facilitar el desarrollo mental y físico del discapacitado, debe dirigir cualquier decisión concreta que proteja a este grupo de personas. Si la pretensión que formulan atiende a ese fin, entonces –en principio– el juez tiene el deber de contribuir a que se haga efectiva la posibilidad del desarrollo humano integral del individuo.

En cuarto lugar –sin que esta enumeración signifique una priorización necesaria y absoluta de criterios–, se debe atender, con especial atención, a las garantías que establecen directamente la Constitución Política y el legislador, de las cuales –se expresó antes– muchas se encuentran definidas de manera específica, así que el juez, en estos casos, funge más de verificador de la existencia de las condiciones materiales del derecho que de creador de las garantías. Se alude, en este lugar, a la vigencia de muchas normas que ya establecen condiciones mínimas y máximas de inclusión social, laboral y de acceso a la infraestructura pública y privada de uso público.

Finalmente, en la tensión de derechos o de intereses que ocasionalmente surgen cuando se confronta la necesidad de proteger a los discapacitados con las urgencias propias del Estado o de los demás particulares, debe mirarse con *especial sentido protector al débil y necesitado de especiales condiciones de vida*, para que el lugar donde vive lo disfrute en condiciones lo más parecidas posible a las que por fortuna de la naturaleza gozan las personas que tienen salud. En estos términos, la declinación de esta protección exigirá un razonamiento judicial superior, que justifique con creces el sacrificio mayor a que se someterá el discapacitado.

(...)

En este sentido, se aclara, con fines de orientación propia de una sentencia de revisión de una acción popular, que la existencia de otras acciones contenciosas no inhibe el ejercicio de la acción popular, porque se encuentra establecido que ésta no es subsidiaria de las demás. Por el contrario, se trata de un mecanismo procesal autónomo, que goza de identidad y configuración propia, cuyo ejercicio solo está limitado por la existencia real de derechos colectivos efectivamente involucrados en un caso concreto.

Con esta lógica las Secciones Primera y Tercera de esta Corporación –también la Sala Plena– han defendido, en particular, la independencia de la acción popular frente a las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, cumplimiento y contractual, que si bien se crearon para hacer exigibles objetos e intereses jurídicos propios, también es posible que sirvan para los mismos efectos, o para algunos parcialmente parecidos.

En estos términos, queda establecido, por vía de jurisprudencia vinculante en esta materia, que la acción popular no es residual en su ejercicio frente a las demás acciones contenciosas, de allí que procede de manera directa, sin necesidad de agotar otras opciones judiciales, siempre que satisfaga los elementos que la configuran en el caso concreto.

(...)

La conclusión de la jurisprudencia, que la Sala confirma ahora –para unificar la doctrina judicial, que es lo que esta providencia pretende–, es que todas las edificaciones públicas deben construirse –en caso de que sean nuevas– o reformarse –si son anteriores a la ley– respetando las exigencias de la nueva norma, para que los discapacitados accedan y circulen fácilmente en ellas, porque al fin y al cabo se trata de ciudadanos, que también son administrados y necesitan hacer gestiones o trámites ante ellas, y ejercer otros derechos o cumplir diversas obligaciones.

(...)

Corresponde al juez, en cada caso, valorar las pruebas para determinar si la edificación se ajusta a las exigencias de la ley 361 de 1997, y si con ello respeta los derechos colectivos de las personas discapacitadas. Así, por ejemplo, esta Corporación se ha abstenido de ordenar la adecuación de edificios cuando advierte que existen condiciones físicas necesarias para la movilidad.

(...)

Este enfoque demuestra que el juez no puede impartir automáticamente la orden de construir accesos o infraestructuras que cumplan este propósito, porque hay que evaluar, con rigor, las condiciones del sitio y del edificio, para determinarlo posteriormente. En estos términos, cabe formular el siguiente criterio, que sirve –y ha servido– para ponderar las circunstancias: Tanto las edificaciones públicas como las privadas –que sirven para la atención al público– deben contar con accesibilidad adecuada para todas las personas, con especial énfasis en las que carecen de movilidad. Sin embargo, el juez debe considerar, en cada caso concreto, si las instalaciones existentes satisfacen esta exigencia, es decir, si se cuenta con “medios alternativos”, que garanticen la movilidad a través de lugares y accesos que cumplan las exigencias de la ley y sus reglamentos.

(...)

Claro está que la protección a la población con limitaciones visuales no se reduce a la instalación de la señal sonora, sino que a ésta suelen incorporarse una serie de medidas adicionales, que garanticen la integridad física de estas personas, como la instalación de una barra metálica incrustada a la vía, que sirve de guía al transeúnte.

(...)

El derecho colectivo no consiste en que se instalen semáforos ni en que se pongan señales sonoras en ellos; aunque esto no significa que no sean derechos de la población discapacitada, sólo que no tienen la naturaleza de derechos colectivos –pero sí de otro tipo–, porque no están enunciados como tales en la Constitución Política ni en la ley 472 de 1998.

En estos términos, la violación al derecho a que se instalen semáforos o señales sonoras es apenas un presupuesto para la vulneración o amenaza de otros derechos que sí son colectivos, como es el caso de: "d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público"; "h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; "j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna"; "l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente"; "m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes."

FUENTES: Artículos 13, 24, 25, 42, 46, 47, 54 y 68 de la Constitución política; Ley 105 de 1993; Ley 769 de 2002; Ley 381 de 1997; Decreto 1538 de 2005.

DECISIÓN:

"Primero. Confírmase la sentencia de 18 de febrero de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"El señor Yuri Antonio Lora Escorcía, actuando en nombre propio, interpuso demanda de acción popular contra el municipio de Sabanalarga [Atlántico]-Secretaría de Tránsito Municipal, con el fin de que se protejan los derechos colectivos a "la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público"; "la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes" y "el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público", presuntamente vulnerados por la falta de señales sonoras en los semáforos que existen sobre las vías principales del municipio, para que puedan ser interpretadas por las personas que tienen limitaciones visuales.

En consecuencia, pide que se le ordene al municipio que instale las señales sonoras con el fin de evitar los peligros para la población discapacitada."

DECISIÓN: "El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Barranquilla negó las pretensiones, en sentencia del 5 de mayo de 2009, por carencia de objeto para amparar, porque en el municipio de Sabanalarga no existen semáforos".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: "No se demostró la amenaza o vulneración a los derechos colectivos, ante la carencia de objeto, teniendo en cuenta que en el municipio de Sabanalarga no existen semáforos, y sin ellos no es posible instalar señales sonoras."

DECISIÓN: "El Tribunal Administrativo del Atlántico confirmó la decisión del a quo, mediante sentencia del 18 de febrero de 2010".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Mecanismo eventual de revisión	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo	RADICADO: 11001-33-31-035-2007-00033-01 (MER)	FECHA: 01/12/15
PONENTE: Luis Rafael Vergara Quintero		ACTOR: Fernando Torres y otro	
DEMANDADO: Bogotá D.C. – Secretarías de la Movilidad y Hacienda - Federación Colombiana de Municipios y Ministerio de Transporte			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	X

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque no se accedió a las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Ley 472 de 1998.

TEMA PRINCIPAL: Moralidad administrativa: Concepto. Elementos configurativos.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Acción popular: Procedencia cuando existen otros medios de defensa judicial. Revisión eventual: competencia del Consejo de Estado para conocerla.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El Distrito Capital (...) solicita que se revise el fallo popular, en los siguientes aspectos:

1. la acción popular no es procedente para dirimir un conflicto particular intersubjetivo, ni reclamar intereses a favor de un tercero o indemnización de perjuicios. (...) 2. Considera (...) el apoderado del Distrito que el Consejo de Estado debe definir su jurisprudencia en lo relativo a la figura de la cosa juzgada en una acción popular, teniendo en cuenta que la controversia que se suscita ya fue resuelta por la Jurisdicción Contencioso Administrativa mediante acción de cumplimiento (...) 5. Por último, se refiere a la competencia del juez de segunda instancia en las acciones populares, pues el Tribunal afirma que sólo se pueden tener en cuenta los argumentos expuestos en el escrito de interposición del recurso de apelación, mas no en los alegatos formulados en segunda instancia, lo cual no es acertado, si se tiene en cuenta que las acciones populares se rigen por los principios de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Al respecto debe la Sala precisar que una cosa son las funciones del Consejo de Estado como juez de instancia y otra muy distinta las que ejerce como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, cuando obra como órgano de cierre para cumplir la función de unificación de la jurisprudencia en materia de acciones populares y de grupo tal como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-713/08, M. P. Dra. Clara Inés Vargas, al efectuar el examen de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria No. 023/06 Senado y No. 286/07 Cámara, "Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia" que declaró parcial y condicionalmente exequible el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, que aprobó como artículo nuevo el artículo 36A de la citada ley 270.

(...)

Ahora bien, frente al cuestionamiento que plantea la Federación Colombiana de Municipios, por la entrada en vigencia de esa disposición, consistente en que la misma derogó tácitamente el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 y en esa medida el Consejo de Estado perdió competencia para conocer de las revisiones eventuales de los fallos proferidos en las acciones populares, la respuesta de la Sala es que ello no es así. Lo anterior porque, por regla general, una ley estatutaria no puede ser derogada por una ley ordinaria, conforme al artículo 153 de la Carta y, en todo caso, la norma que se dice derogada regula un instrumento judicial diferente a las instancias propias de la acción popular.

(...)

En efecto, los artículos 57 y 58 de la Ley 1395 de 2010 distribuyen la competencia de primera y segunda instancia para conocer de las acciones populares entre los Juzgados Administrativos, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, mientras que el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 regula el mecanismo de revisión eventual a cargo del Consejo de Estado cuando, agotadas o no las instancias, se dan los supuestos consagrados en la norma, estos son, entre otros, que se trate de una providencia que ponga fin al proceso y que sea dictada por un Tribunal Administrativo.

A juicio de la Sala, la regulación de dos materias diferentes, aunque referidas ambas a la acción popular, descarta la posibilidad de que una haya derogado a la otra, como lo plantea el peticionario.

(...)

Así las cosas, la Sala no considera que el Consejo de Estado haya perdido competencia para conocer de las revisiones eventuales por el hecho de ser también juez de instancia dentro de las acciones populares y de grupo, ya que ambas funciones, por su naturaleza, no son excluyentes entre sí y por el contrario resultan complementarias, y por ello no tiene vocación de prosperidad la solicitud que eleva el apoderado de la Federación para que la Corporación declare que carece de facultades para conocer del presente asunto.

(...)

Visto desde otro punto de vista, independientemente del cumplimiento o no de una norma, si se evidencia la vulneración de derechos e intereses colectivos, lo que procede es la acción popular; es decir, si el demandante, por medio del ejercicio de la acción popular pretende que se ordene el cumplimiento de una obligación contenida en una norma, lo cierto es que tal circunstancia no convierte en improcedente dicha petición, por cuanto la Ley 472 de 1998 no contempla como razón para su improcedencia la existencia de otros medios judiciales de defensa a través de los cuales también se puedan hacer efectivos los derechos conculcados, como sí lo prevén los artículos 6° del Decreto Ley 2591 de 1991 y 9° de la Ley 393 de 1997 en las acciones de tutela y de cumplimiento, respectivamente.

Si la protección de un derecho o interés colectivo se logra por medio del cumplimiento de una ley o acto administrativo, cuya falta de acatamiento ha dado lugar a la vulneración del mismo, procede la acción popular, pues la protección de ese derecho o interés se materializa a través de la orden de cumplimiento; eso sí, siempre y cuando el actor popular demuestre que la vulneración o la amenaza de ese derecho es real, concreta y actual, o por lo menos inminente, pues de no ser así, la acción procedente es la acción de cumplimiento, en la que sólo se pretenderá el acatamiento de una ley o acto administrativo. En otras palabras, no procede la acción popular con la sola manifestación de que la vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo fue o ha sido ocasionada por la omisión a un deber legal o administrativo y que la orden de su cumplimiento daría lugar a su resarcimiento o reparación, si no se prueba la realidad o inminencia del daño o amenaza de ese derecho o interés.

[...]

Lo anterior significa que aunque los argumentos que se planteen en una acción popular hayan sido objeto de pronunciamiento en una acción de cumplimiento, dicha decisión incidirá necesariamente en la decisión que deba tomarse dentro de la acción popular, pero ese hecho no la hace improcedente ni agota la jurisdicción, en atención a que no hay identidad de objeto, pues la acción de cumplimiento no puede versar sobre la violación o amenaza de derechos colectivos, que es la finalidad de la acción popular y para lo cual se requiere del pronunciamiento judicial propio.

[...]

Frente a la acción de cumplimiento 2003-02509, si bien se perseguía el acatamiento, entre otros, del artículo 10 de la Ley 769 de 2002, lo fue con el fin de que la entidad accionada entregara la relación de infractores de tránsito y se efectuara la conexión al SIMIT, aspecto irrelevante para la pretensión de esta acción popular, cuyo fundamento fue la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa por el no giro completo del porcentaje del 10% a que se refiere el artículo 10 de la Ley 769 de 2002 para la implementación y mantenimiento del SIMIT, lo que significa que las pretensiones, aunque basadas en la misma disposición, eran diferentes.

Y menos frente a la acción de cumplimiento 2005-00093, en la que la decisión no fue de fondo al encontrar que había una causal de improcedencia conforme al parágrafo del artículo 9 de la Ley 393 de 1997.

En este sentido, ninguna incidencia podía tener esta decisión en la que habría de tomarse en la acción popular, ya que si bien en la acción popular el argumento de la violación del derecho colectivo cuya protección se pretendía consistió en el incumplimiento del artículo 10 de la Ley 769 de 2002, la no decisión de fondo sobre la observancia o no de esa disposición en la acción regulada por la Ley 472 de 1998, traía como consecuencia que lo dicho en ese proceso no tenía por qué afectar o influir de manera directa o indirecta en la decisión de la acción popular, como en efecto ocurrió. En ese orden de ideas y en cuanto a este aspecto se refiere, la decisión que se revisa no amerita ser modificada.

Además, como lo ha precisado la jurisprudencia, se trata de acciones que tienen un objeto y una finalidad diferentes, por lo que su ejercicio posterior no resulta improcedente.

[...]

Sin embargo, esta construcción conceptual elaborada en gran parte y de manera analítica, detallada y coherente, permite hablar del derecho colectivo a la moralidad administrativa desde las siguientes temáticas, las cuales se presentan con el ánimo de efectuar una consolidación conceptual y de esta manera cumplir con el propósito del mecanismo excepcional de revisión. La aproximación a la conceptualización del derecho colectivo en estudio está en consonancia con la preocupación de que la determinación de su transgresión no puede depender de la idea subjetiva de quien califica la actuación, en la medida en que se está frente a un concepto jurídico indeterminado.

(...)

Tales temas son:

2.1. La moralidad administrativa está ligada al ejercicio de la función administrativa, la cual debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública, ésta, determinada por la satisfacción del interés general. Ese interés general puede tener por derrotero lo que la Constitución Política enseña como fines esenciales del Estado, es decir, cuando quien cumple una función administrativa no tiene por finalidad servir a la comunidad o promover la prosperidad general o asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo, sino que su actuar está dirigido por intereses privados y particulares y guiado por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas o deshonestas, se puede señalar tal comportamiento como transgresor del derecho colectivo a la moralidad pública. Y es colectivo, porque en un Estado Social de Derecho administración y administrados, es decir, la comunidad en general tiene derecho a que los servidores que cumplen la función administrativa realmente lo hagan guiados por el principio de moralidad, que se repite, es conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia. Así las cosas, el bien jurídico tutelado por la acción popular es la moralidad administrativa o, lo que es lo mismo, la lealtad del funcionario con los fines de la función administrativa mediante el actuar recto y honesto en el desarrollo de sus actuaciones.

2.2. Constituyen elementos esenciales para la configuración de la moralidad administrativa, desde el punto de vista de derecho colectivo amparable a través de la acción popular:

2.2.1. Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho.

(i) El primero corresponde a la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público o del particular que ejerce una función pública a la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública.

Esta conexión "moralidad - legalidad" no ha tenido divergencia jurisprudencial al interior del Consejo de Estado. Pero también ha sido uniforme la jurisprudencia en señalar que no toda ilegalidad constituye vulneración a la moralidad administrativa; que el incumplimiento per se no implica la violación al derecho colectivo: en palabras de la misma Corporación "no se puede colectivizar toda transgresión a la ley". Esto quiere decir, que si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación del derecho colectivo, éste no es el único, pues debe concurrir un elemento subjetivo para que se configure tal transgresión. Por ello, ha sido enfática la jurisprudencia en cuestionar y rechazar

aquellas acciones populares erigidas únicamente sobre una argumentación pura de ilegalidad, en las que so pretexto de proteger un derecho colectivo ponen a consideración del juez constitucional un litigio particular, cuyo debate y decisión debiera hacerse mediante el ejercicio de otro instrumento judicial, como los ahora denominados medios de control contenciosos entre ellos el de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho, o la acción de cumplimiento si lo que se pretende es el acatamiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo. Son esos escenarios los propios para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

(...)

(ii) Pero también forman parte del ordenamiento jurídico Colombiano aquellos principios generales del derecho consagrados en la Constitución y la ley, como los concretos de una materia. En este contexto y para efectos del derecho colectivo, la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de una función administrativa debe transgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa.

(...)

2.2.2. Elemento subjetivo

No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública.

Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular.

2.2.3. Imputación y carga probatoria

Ya se vio cómo para disponer la protección del derecho colectivo pretendido por el juez popular deben tener presencia tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo y su debida correlación. Para ello se requiere de una carga argumentativa por el actor popular en la que se efectúe una imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa.

En este sentido corresponde al actor popular hacer esa imputación y cumplir con la carga probatoria que le corresponde, no sólo por así disponerlo el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, sobre contenido de la demanda, o el artículo 167 del Código General del Proceso, sino porque tratándose del derecho colectivo en estudio, donde debe ineludiblemente darse la concurrencia de los dos elementos anteriormente señalados, su imputación y prueba, junto con el impulso oficioso del juez, limita eficazmente que la acción popular sea utilizada inadecuadamente como medio judicial para resolver un juicio de simple legalidad y otorga todos los elementos necesarios para que el juez ponga en la balanza los supuestos jurídicos, fácticos y probatorios que lo lleven al convencimiento de que la actuación cuestionada estuvo bien justificada y no fue transgresora del derecho colectivo o que, por el contrario, se quebrantó el ordenamiento jurídico y de contera se vulneró la moralidad administrativa.

La imputación que se haga en la demanda y la actividad probatoria del actor popular cobra especial importancia, porque le proporciona al juez un marco concreto para fijar el litigio y desarrollar el proceso con el fin último de hacer efectivo el principio constitucional con el que debe cumplirse la función pública.

En efecto, el cumplimiento de este presupuesto permite que el juez popular tenga la seguridad de que está castigando realmente las conductas desviadas o deshonestas de los servidores en el ejercicio de sus funciones, al tiempo que está protegiendo o restableciendo el derecho que tienen los administrados a que la función pública se desarrolle conforme lo ha querido el constituyente".

(...)

Por último, advierte la Sala que en esta oportunidad no procede hacer un juicio de legalidad sobre la posición jurídica del Distrito Capital para establecer si las sumas sobre las cuales calculó el 10% señalado en el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, en la forma en que esa entidad lo interpreta, se ajustó a derecho, pues se incurriría en la misma equivocación cometida por los jueces de instancia, teniendo en cuenta que se está en presencia de una acción popular, en la que se discutió la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa y era indispensable que se hiciera una imputación clara y directa de esa violación, no solo desde el punto de vista de la legalidad sino de la conducta antijurídica y corrupta del funcionario encargado de cumplir la ley, en el sentido de que el incumplimiento fue deliberado y movido por la satisfacción de un interés particular, en provecho propio o de un tercero, que se repite, fue un presupuesto no satisfecho por los actores populares.

Por todo lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y en ejercicio de la facultad legal conferida por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, de revisar los fallos dictados por los Tribunales Administrativos en las acciones populares y de grupo, cuando no procede el recurso de apelación, infirmará el fallo proferido por el Tribunal que había confirmado la decisión de primera instancia del Juzgado Administrativo de acceder a las pretensiones de la acción popular, y en su lugar dictará la sentencia de reemplazo, la cual revocará la decisión del Juzgado, y denegará las pretensiones de la demanda, dejando a salvo el contenido del numeral primero, relativo a la decisión de declarar no probadas las excepciones de cosa juzgada, falta de legitimación pasiva y agotamiento de la jurisdicción, el cual será confirmado".

FUENTES: Ley 472 de 1998, Ley 1285 de 2009, Ley 1395 de 2010, ley 769 de 2002 y artículo 152 de la Ley 1437 de 2011.

DECISIÓN:

"I. DENIÉGASE la solicitud de audiencia solicitada por la Federación Colombiana de Municipios por las razones expuestas en esta providencia.

II. INFÍRMASE la sentencia de treinta de abril de dos mil nueve y su complementaria de veintinueve de septiembre de dos mil nueve proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera, Subsección A. En su reemplazo, SE DISPONE:

REVÓCASE la sentencia proferida el diecinueve (19) de diciembre de dos mil ocho (2008) por el Juzgado Treinta y Cinco Administrativo del Circuito de Bogotá, dentro de la acción popular instaurada por los señores Fernando Torres y Alberto Bravo Cortés contra Bogotá D.C., la Federación Colombiana de Municipios y el Ministerio de Transporte, EXCEPTO el numeral PRIMERO que se CONFIRMA en cuanto declaró no probadas las excepciones de cosa juzgada, falta de legitimación pasiva y agotamiento de la jurisdicción. En su lugar,

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda popular".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Los señores Fernando Torres y Alberto Bravo Cortés, en ejercicio de la acción popular formulada contra Bogotá D.C. Secretarías de la Movilidad y Hacienda, la Federación Colombiana de Municipios y el Ministerio de Transporte, piden que se proteja el derecho colectivo a la moralidad administrativa, que consideran lesionado por las accionadas, porque el Distrito Capital se ha negado a girar a favor de la Federación Colombiana de Municipios la totalidad del porcentaje del 10% que se recauda por multas de tránsito impuestas a los infractores del Distrito Capital, para que sea utilizado en la implementación y mantenimiento del Sistema Público Integrado de Información sobre Multas y Sanciones por Infracciones de Tránsito."

Solicitaron: "Declarar que el Distrito Capital - Alcaldía Mayor de Bogotá - vulneró el Derecho Colectivo de la Moralidad Administrativa previsto en el literal b) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, al negarse a girar a la Federación Colombiana de Municipios la totalidad del porcentaje del diez por ciento de que trata el artículo 10 de la Ley 769 de 2002, para que esta última lo utilice en la implementación y mantenimiento del Sistema Público Integrado de Multas y Sanciones de Tránsito. Ordenar al Distrito Capital - Alcaldía Mayor de Bogotá - hacer el pago efectivo a la Federación Colombiana de Municipios del diez por ciento de las multas y sanciones impuestas a los infractores del tránsito en la ciudad de Bogotá, desde el seis de noviembre de 2002, fecha en que entró en vigor la Ley 769 de 2002".

DECISIÓN: El Juzgado 35 Administrativo del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 19 de diciembre de 2008, en la que se protegieron los derechos colectivos a la moralidad pública, la seguridad y el patrimonio público, para lo cual ordenó a la Alcaldía Mayor de Bogotá dar cumplimiento, en el término de 15 días hábiles, al mandato contenido en los artículos 10 y 11 de la ley 769 de 2002, transfiriendo a la Federación Colombiana de Municipios el 10% de todos los dineros recaudados desde el 7 de agosto de 2002 y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, debidamente indexados y actualizados.

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: "Agregó el ad quem que no obstante la orden impartida por la norma citada, el Distrito Capital no ha efectuado dicha transferencia a la Federación, por considerar que el porcentaje establecido en la norma procede únicamente cuando el recaudo se realice por intermedio de la Federación, no cuando haya sido hecho directamente por ellos, y por eso sólo ha cancelado a favor del SIMIT \$696'269.37540 por el periodo comprendido entre el 16 de junio de 2004 y el 5 de febrero de 2007, con fundamento en una interpretación errada y forzada del artículo 10 de la Ley 769 de 2002 que no resulta válida, si se tiene en cuenta que la función del SIMIT es eminentemente informativa y no recaudadora, y que el porcentaje recaudado tiene una destinación específica: la administración del sistema en cabeza de Fedemunicipios, sin exigencias ni condiciones adicionales que la ley no consagra.

Consideró además, que el SIMIT es un sistema que permite obtener un mayor recaudo de sumas causadas por este concepto a favor de las entidades territoriales, por lo que su no pago por parte del Distrito Capital contraría el interés general, fin esencial del Estado para cuyo cumplimiento se debe ejercer la función pública, con fundamento en sus principios orientadores, entre los cuales se encuentra la moralidad administrativa el cual por ser un derecho colectivo, es susceptible de ser protegido mediante la acción popular.

Mediante sentencia complementaria del 29 de septiembre de 2009 la Subsección A, Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca adicionó la sentencia en el sentido de confirmar la decisión de primera instancia en cuanto declaró no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el Distrito Capital y corrigió, igualmente, la fecha del fallo que confirmó”.

DECISIÓN: “El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, confirmó la decisión de primera instancia, mediante sentencia del 30 de abril de 2009.”

[...]

“Mediante sentencia complementaria del 29 de septiembre, ambas del año 2009, proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, confirmaron la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2008 por el Juzgado Treinta y Cinco Administrativo del Circuito de Bogotá dentro de la acción popular de la referencia.”

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Sandra Lisset Ibarra Vélez, Danilo Rojas Betancourth, Martha Teresa Briceño de Valencia, Rocío Araújo Oñate, Marta Nubia Velásquez Rico, Ramiro Pazos Guerrero y Stella Conto Díaz del Castillo.

Ficha
No. 1

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Tutela	SALA O SECCIÓN: Sección Primera	RADICADO: 11001-03-15-000-2015- 00001-01(AC)	FECHA: 28/05/15
------------------------	---	---	---------------------------

PONENTE: María Elizabeth García González **ACTOR:** Eduar Chica Zea

DEMANDADO: Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda - Subsección D y Juzgado Octavo Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá.

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho al mínimo vital. Derecho a la igualdad.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

TEMA PRINCIPAL: Tener la calidad de pensionado o ser la persona que goza de la asignación de retiro no es una circunstancia que per se permita omitir el cumplimiento del requisito de inmediatez en tutela contra providencia judicial, dado que es necesario que confluayan elementos adicionales que permitan concluir que el actor se encuentra en la especial.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Acción de tutela contra providencias judiciales: procedencia.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Inconforme con la decisión anterior, la demandante la impugnó, fundamentalmente por lo siguiente:

Alegó que si bien es cierto que la presente acción se instauró con posterioridad a los seis (6) meses siguientes a la notificación de la providencia que se pretende dejar sin efecto, también lo es que deben tenerse en cuenta sus especiales condiciones económicas, toda vez que es responsable del sustento de su hogar, con dos hijos en edad escolar, y lo que devenga por concepto de asignación de retiro es inferior a \$1.000.000.00, mientras que otros soldados profesionales, que se encuentran en idénticas circunstancias a las suyas, han obtenido sentencias favorables que dan lugar al pago de \$1.500.000.00. Agregó que debido a su deteriorado estado de salud, no ha tenido oportunidad de acceder a alguna opción laboral en Colombia y que ello lo obligó a buscar empleo en otro país (Emiratos Árabes), donde pudo trabajar durante varios meses como vigilante de pozos petroleros.

Alegó que los pocos recursos que recibe son destinados totalmente a la manutención y educación de sus hijos, para evitar que abandonen sus estudios.

Por lo demás, en lo que tiene que ver con el fundamento normativo del derecho a la reliquidación con inclusión del subsidio familiar, a la que cree tener derecho, reiteró los argumentos de la demanda de tutela”.

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

“...en esta oportunidad la Sala, con el propósito de unificar su Jurisprudencia, determinará como lineamiento único y preciso, en cuanto a la exigencia o no del requisito de inmediatez de la tutela contra providencias judiciales, cuando el solicitante del amparo constitucional es un **pensionado o persona que goza de asignación de retiro**, que tal condición no es per se circunstancia que permita enervar el citado requisito, habida cuenta de que es necesario que confluyan elementos adicionales que permitan concluir que el actor se encuentra en **“la especial situación”** que **“convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”**, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-158 de 2006 y esta Sala en el Expediente núm. 2013-02423-01, Consejero Ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno.

Obsérvese que la Corte cita, solo a manera de ejemplo, algunas circunstancias que pueden tenerse en cuenta para determinar si el actor está o no en una **ESPECIAL SITUACIÓN**, que justifique su inactividad en el tiempo frente a la defensa de sus derechos, dentro de las cuales sugiere **“el estado de indefensión, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otras...”** sin que estas constituyan taxatividad alguna. Justamente por ello, esta Sala introdujo dentro de dicha lista **al pensionado**, por tratarse de un sujeto de protección especial, conforme lo ha determinado la Jurisprudencia Constitucional.

Pero, ocurre que el concepto de sujeto de especial protección incluye, además de los pensionados, a otros grupos de personas, tales como: indígenas, padres y madres cabeza de familia, mujer embarazada, menores de edad, minusválidos, ancianos, defensores de derechos humanos, enfermos graves, desplazados, entre otros; sin que sea aceptable concluir que en todos los casos, éstos resulten eximidos de cumplir el requisito de procedibilidad de inmediatez, cuando acudan a la tutela para obtener la pérdida de efectos de una providencia judicial, por el solo hecho de ser denominados sujetos de especial protección.

Una interpretación en tal sentido, haría inocuo el citado requisito general de procedibilidad, si se tiene en cuenta que la lista de sujetos de especial protección puede llegar a ser muy amplia.

Por lo tanto, y se insiste en ello, la sola circunstancia de ostentar dicha condición, como en efecto la tiene el pensionado, no puede tenerse como razón suficiente al momento de examinar el principio de inmediatez, sino que resulta necesario evaluar circunstancias adicionales, que permitan establecer que resulta desproporcionado exigir un lapso determinado para ejercer la acción de tutela en aras de obtener la protección de los derechos que se estiman conculcados.

En ese orden de ideas, es claro que al Juez de tutela le corresponde, en cada caso concreto, evaluar la situación del accionante, a través de una juiciosa ponderación de los presupuestos fácticos y de las evidencias de la situación particular, ya sea que se aleguen en forma expresa o puedan inferirse del expediente, verbigracia, la condición de pensionado aunada a circunstancias tales como: ser adulto mayor; depender exclusivamente de la mesada, de manera que pueda comprometerse su mínimo vital; tener un núcleo familiar a cargo; imposibilidad de obtener ingresos adicionales por invalidez, edad, salud; el sometimiento a condiciones que atenten contra la dignidad o la vida del sujeto; situación socioeconómica (monto de la mesada vs obligaciones a cargo), etc.; para concluir si se cumple o no con el criterio Jurisprudencial de encontrarse en **“ESPECIAL SITUACIÓN”**, señalado por la Corte Constitucional y por esta Corporación, el cual, como ya se dijo, ha sido derrotero en la solución de casos como el de la referencia”.

FUENTES: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 31 de julio de 2012, Rad.: 2009-01328, C.P.: María Elizabeth García González; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 6 de febrero de 2014, Rad.: 2013-00588, C.P.: María Claudia Rojas Lasso; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencias de 22 de mayo de 2014, Rad.: 2013-02788-00(AC) y 2013-02692-01(AC), C.P.: María Elizabeth García González; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de agosto de 2014, Rad.: 2012-02201-01, C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez; sentencias C-590 de 2005, T-158 de 2006 y T-374 de 2012.

DECISIÓN:

"PRIMERO: REVÓCASE la sentencia impugnada y, en su lugar, se dispone: **TUTÉLANSE** los derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad del señor **EDUAR CHICA ZEA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, déjase sin efecto la **sentencia de 10 de octubre de 2013**, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-00254, y se le ordena que, en su lugar, dentro del término de cuarenta (40) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, profiera una nueva que inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"El señor **Eduar Chica Zea**, actuando por conducto de apoderado, interpuso acción de tutela contra el Juzgado Octavo Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, por considerar que violaron sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, prevalencia del derecho sustancial, acceso a la administración de justicia y respeto a los derechos adquiridos, al proferir las sentencias de 22 de mayo de 2013 y 10 de octubre del mismo año, respectivamente, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-00254-00, por medio de las cuales, en la primera instancia, se negaron las pretensiones de la demanda, y en la segunda, se concedieron parcialmente, pues se negó la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro.

(...)

Aseguró que promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en aras de obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales le fue negado el reajuste de su asignación de retiro y, a título de restablecimiento, que se le ordenara a dicha entidad el reconocimiento y pago de tal prestación en forma retroactiva e indexada.

Transcribió los hechos que adujo como fundamento de la citada demanda, los cuales se sintetizan en que estuvo vinculado a las Fuerzas Militares durante más de 20 años, lo cual lo hizo beneficiario de la asignación de retiro; que inicialmente tuvo la calidad de soldado voluntario y, a partir del 1º de noviembre de 2003, pasó a ser denominado soldado profesional y a estar regido por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 en virtud de la Orden Administrativa de Personal núm. 1175 de 20 de octubre del mismo año.

Alegó que por lo anterior, durante el tiempo en que fue soldado voluntario su situación estuvo regida por la Ley 131 de 1985 y que con los Decretos 1793 de 14 de septiembre de 2000 y 1794 del mismo año, se crearon los regímenes de carrera, salarial y prestacional del Soldado Profesional, los cuales, a su juicio, le son aplicables.

Señaló que el Ejército Nacional ha aplicado dichas normas de manera acomodada, pues, no obstante que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 consagra el Subsidio Familiar, no le fue incluido en la liquidación de su asignación de retiro.

Manifestó que al disponer el reconocimiento y pago de la asignación de retiro la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solo tomó como partidas computables: el sueldo básico devengado y la prima de antigüedad, aunque no se liquidaron correctamente los porcentajes indicados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Es decir, que no se incluyó el subsidio familiar como factor de liquidación, pese a que a los demás miembros de la fuerza pública sí se les incluye este concepto, lo cual, a su juicio, viola su derecho a la igualdad.

Aseguró que las sentencias cuya pérdida de efectos pretende, incurrieron en el error de no aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que dentro de las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares incluye el "*subsidio familiar en el porcentaje que se encuentra reconocido a la fecha de retiro*", pues, a su juicio, es abiertamente contrario al artículo 13 de la Carta Política. De esta manera, alegó que dichos fallos judiciales violaron directamente la Constitución Política.

Mencionó que los soldados e infantes profesionales son los únicos miembros de la Fuerza Pública que no devengan en su asignación de retiro el subsidio familiar, de tal manera que es evidente su discriminación.

Expresó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el fallo de segunda instancia, consideró que no había lugar a aplicar la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, porque los soldados profesionales no se encuentran en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, razón por la cual no puede alegarse vulneración del derecho a la igualdad, que dé lugar a aplicar la citada excepción.

[...]

Solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la prevalencia del derecho sustancial, acceso a la Administración de Justicia y respeto a los derechos adquiridos y, en consecuencia, que se declare la nulidad de las sentencias dictadas el 22 de mayo de 2013 y 10 de octubre del mismo año, proferidas por el Juzgado Octavo Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C., y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, respectivamente, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el núm. 2012-00254-00 y se ordene a dichas autoridades judiciales proferir sendas sentencias que le ordenen a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, incluir el Subsidio Familiar en la cuantía en que lo devengó en actividad, como partida computable dentro de la asignación de retiro que actualmente devenga, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000".

DECISIÓN:

"Mediante sentencia de 26 de marzo de 2015, la Sección Quinta del Consejo de Estado, declaró la improcedencia de la acción de tutela, por considerar que no cumple el requisito de inmediatez, habida cuenta de que la sentencia de segunda instancia cuya pérdida de efecto pretende fue proferida el 10 de octubre de 2013, notificada el 23 del mismo mes y año y la solicitud de amparo se interpuso el 19 de diciembre de 2014, es decir, después de transcurrido un lapso considerable, sin que los motivos expuestos como justificación de la tardanza sean de recibo, pues lo que se pretende con los mismos es *"encubrir el desinterés o negligencia en la solicitud de protección inmediata de los derechos fundamentales por parte del mismo actor."*

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA:

Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sección Primera	RADICADO: 25000-23-24-000-2006-01002-01	FECHA: 11/12/15
PONENTE: Roberto Augusto Serrato Valdés		ACTOR: Camilo Antonio Arango Trujillo y Saúl Suárez Niño	
DEMANDADO: Alcaldía Mayor de Bogotá, D. C.			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se denegaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 58 de la Constitución Política y artículos 63, 64 y 65 de la Ley 388 de 1997.

TEMA PRINCIPAL: Se unificó respecto a que son enjuiciables los actos que declaran los motivos de utilidad pública o de interés social y deciden la expropiación administrativa.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Expropiación: generalidades, pilares y etapas en materia urbana. Clases de actos administrativos.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"APELACIÓN DE LA PARTE ACTORA. En escrito visible de folios 7 a 10 del expediente (Cdn. Ppal) el apoderado judicial de la parte actora apeló la sentencia de instancia.

Al efecto, expresó que el fallo de primera instancia es desacertado en cuanto, de manera equívoca, confunde la motivación del acto acusado con la explicación del motivo de la expropiación, el legislador consagró la figura de la expropiación por vía administrativa la cual procede cuando la autoridad administrativa competente considere fundadamente que existen especiales condiciones de urgencia según los criterios señalados para su declaratoria, conforme a lo normado en el artículo 65 de la Ley 388 de 1997.

Resaltó que no ha existido ni se han dado los criterios, requisitos y condiciones para que fuera declarada la urgencia para expropiar a los propietarios de los inmuebles de la Manzana 5 del barrio Las Aguas, de tal suerte que al 2010 no se había iniciado en los bienes que fueron expropiados ninguna obra ni proyecto.

Agregó que si bien es cierto que el decreto demandado establece que el artículo 65 numeral 4° de la Ley 388 de 1997, señala como uno de los criterios para determinar las condiciones que constituyen urgencia la prioridad otorgada a las actividades que requieren la utilización del sistema expropiatorio en los planes y programas de la respectiva entidad territorial o metropolitana, según sea el caso, también lo es que no motiva ni justifica dicha prioridad.

Finalmente, mencionó que la sentencia de primera instancia debe ser censurada, además, por el hecho consistente en que el Tribunal hace una transcripción literal de las normas que se hacen contener en la Ley 388 de 1997, mas no precisa en qué se armonizan con la declaratoria de existencia de condiciones de urgencia para expropiar por vía administrativa."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"(i) EL PROCESO EXPROPIATORIO Y SUS ETAPAS EN MATERIA URBANA

[...]

Si bien es cierto que se debe respetar la propiedad privada, también lo es que dicho derecho puede ser limitado cuando no se acata lo reglado, es decir, cuando no cumple la función social o ecológica, o cuando su adquisición quebrante las normas que la sustenta o, incluso, cuando entra en conflicto con el interés general. Lo anterior es la razón por la cual el Constituyente y el legislador diseñaron diferentes instrumentos, en el marco de los cometidos constitucionales, dirigidos a "enervar" ese derecho por la ocurrencia de alguno de los supuestos mencionados, como es el caso de la figura de la expropiación.

La expropiación ha sido definida, entonces, como *"una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa"*.

[...]

Tanto en el proceso de expropiación judicial como en el de expropiación administrativa existe una fase previa de negociación, *"a través de la cual la entidad intenta adquirir el bien, de tal forma que se evite la iniciación del proceso expropiatorio propiamente dicho. Esta etapa se inicia con una oferta de la administración al particular para adquirir el bien por el precio base fijado por la entidad. Luego sigue una etapa de negociación directa con el particular. Si el proceso de negociación directa resulta exitoso, se pasa a la etapa de transferencia del bien y de pago del precio acordado. Si el proceso de negociación fracasa, empieza la etapa expropiatoria propiamente dicha, la cual culmina con el traspaso del título traslativo de dominio al Estado y el pago de la indemnización al particular expropiado"*.

[...]

(iv) UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RESPECTO DE LA DEMANDABILIDAD DE LOS ACTOS EXPEDIDOS DENTRO DEL PROCESO DE EXPROPIACIÓN ADMINISTRATIVA

...se ha entendido que son tres los pilares en los cuales descansa la figura de la expropiación, *i) el principio de legalidad fundamento de todo Estado de Derecho, ii) la efectividad del derecho de defensa y del debido proceso del particular que va a ser expropiado y iii) el pago de una indemnización que no haga de la decisión de la administración un acto confiscatorio, expresamente prohibido en el artículo 34 de la Constitución"*.

[...]

Así pues, se proscribió la ausencia de control judicial en el marco del principio de legalidad, entendido este como el ejercicio del poder público de acuerdo con las prescripciones del ordenamiento jurídico, toda vez que no puede existir acto sin juicio dentro de un Estado de Derecho.

Ahora bien, dilucidado el sentir del Constituyente en cuanto a la necesidad de garantizar la tutela judicial respecto de los motivos de utilidad pública o de interés social dentro del proceso expropiatorio, para la Sala resulta imperioso determinar el momento en el cual se accede a la Administración de Justicia para hacerlo efectivo.

De esta manera, la Sala estima que el mismo se encuentra determinado por la naturaleza del acto, de acuerdo con lo consagrado en los artículos 49 y 50 del Código Contencioso Administrativo, los cuales disponen que solo pueden impugnarse los actos administrativos definitivos más no los de trámite o preparatorios.

(...)

En este contexto y en lo atinente a los actos a través de los cuales se declaran los motivos de utilidad pública o de interés social, la Sala rectifica el criterio que sostiene que ellos dentro del proceso expropiatorio sólo cumplen una función preparatoria en la expedición de los actos que finalmente ordenan la expropiación, dado que lo mismos sí crean una situación jurídica particular y concreta.

En efecto, se trata de un acto que produce efectos jurídicos inmediatos y directos respecto del administrado, por cuanto ordena adelantar e iniciar el trámite expropiatorio respecto de unos bienes determinados.

Lo anterior cobra mayor fuerza en el entendido de que el mismo constituye la etapa inicial del procedimiento expropiatorio sin el cual no resulta posible habilitar a la autoridad para adelantarlo; no puede olvidarse que entre al acto expropiatorio y el que declara las condiciones de utilidad pública e interés social existe una relación de causa a efecto, pues sin la existencia de los primeros no pueden expedirse los segundos.

Bajo los conceptos que anteceden, el acto administrativo en estudio, al estar llamado a generar perjuicios al administrado, es pasible de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo anterior sin perjuicio de los instrumentos procesales de impugnación dispuestos en el ordenamiento jurídico frente a la decisión de expropiación por vía administrativa.

(...)

En conclusión, la Sala adopta los siguientes criterios en aras de unificar la jurisprudencia:

- Todo procedimiento expropiatorio debe respetar el principio de legalidad como expresión democrática del Estado Social de Derecho.
- No puede haber actos exentos de control judicial; se proscriben la inexistencia de controles judiciales respecto de las actuaciones resultantes del ejercicio del poder público en materia expropiatoria.
- Los actos que declaran los motivos de utilidad pública o de interés social crean una situación jurídica particular y concreta; producen efectos jurídicos inmediatos y directos respecto del administrado.
- La revisión judicial de los motivos de utilidad pública o de interés social se puede hacer vía judicial a través del ejercicio de acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
- La acción especial contencioso-administrativa también procede contra el acto administrativo que decide la expropiación con el fin de *"obtener su nulidad y el restablecimiento del derecho lesionado, o para controvertir el precio indemnizatorio reconocido"*, al tenor de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 388 de 1997.

Se hace énfasis que la decisión guarda relación con la expropiación administrativa figura diferente a la expropiación judicial".

FUENTES: Artículos 451 a 459 del Código de Procedimiento Civil; artículo 71 de la Ley 388 de 1997; Acto Legislativo 01 de 1999; Decreto 619 de 2000; Consejo de Estado, Sección Primera, auto del 18 de marzo de 2010, Rad.: 2008-0434, C. P.: Marco Antonio Velilla Moreno; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 9 de febrero de 2012, Rad.: 2001-1262, C. P.: María Claudia Rojas Lasso; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 20 de febrero de 2014, Rad.: 2005-00348, C. P.: Marco Antonio Velilla Moreno; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 23 de julio de 2015, Rad.: 2005-04046, C. P.: María Claudia Rojas Lasso; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 5 de agosto de 1994, Rad.: 2679, C. P.: Libardo Rodríguez Rodríguez; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 26 de mayo de 1995, Rad.: 1692, C. P.: Ernesto Rafael Ariza; Consejo de Estado, Sección Primera, auto del 30 de agosto de 2007, Rad.: 2005-00136, C. P.: Martha Sofía Sanz Tobón; Sentencias C- 059 de 2001 y C-459 de 2011.

DECISIÓN:

"PRIMERO: CONFÍRMASE la providencia apelada, esto es, la sentencia del 18 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección "B", por las razones expuestas en la parte motiva".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Manifestaron que el Concejo de Bogotá, a través del Acuerdo 33 de noviembre 10 de 1939, dispuso la creación de una empresa industrial y comercial del Distrito Capital vinculada a la Alcaldía Mayor, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, denominada *"Empresa de Renovación Urbana de Bogotá, D. C."*.

Aseguraron que después de casi 5 años de su creación, la Junta Directiva de la empresa, el 14 de julio de 2004, mediante Acuerdo 01, adoptó el estatuto interno como empresa industrial y comercial del Distrito Capital.

Expusieron que mediante Resolución 087 de 2 de diciembre de 2005, la Gerencia General de la empresa resolvió adelantar el proyecto urbanístico denominado *"Proyecto de Renovación Urbana Manzana 5 – Eje Ambiental Avenida Jiménez"*, conformado por las áreas privadas construidas o no, comprendidas entre las calles 19 y 20 y entre las carreras 3° y la avenida carrera 3° de la nomenclatura urbana de Bogotá, D. C., sin realizar los estudios de factibilidad y sin concertar con los propietarios de los inmuebles de dicha manzana.

Finalmente, alegaron que el Alcalde Mayor de Bogotá, D. C., el 4 de julio de 2006, mediante Decreto 240, resolvió declarar la urgencia en la adquisición de los inmuebles requeridos para la ejecución del proyecto en comento, lo anterior sin motivar el acto administrativo referido."

Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los señores Camilo Antonio Arango Trujillo y Saúl Suárez Niño, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (C. C. A.), presentaron demanda contra el Distrito Capital de Bogotá, con miras a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 240 del 4 de julio del año 2006, expedido por el señor Alcalde Mayor de Bogotá.

"Mediante auto de 30 de noviembre de 2006, el Despacho sustanciador consideró que de las pretensiones y los hechos de la demanda se podía desprender que se trataba de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la cual ordenó su corrección en el sentido de que la parte actora: i) precisara la clase de acción que pretendía ejercer;

ii) estableciera la calidad en la que actuaba; iii) estimara razonadamente de la cuantía; y iv) allegara el poder del abogado que lo representaría”.

Corregida y precisada la demanda, se admitió como de nulidad y restablecimiento del derecho.

“Anotaron que la declaratoria de urgencia para la realización del proyecto resulta contraria a derecho toda vez que la misma se encontraba en etapa de prefactibilidad, lo anterior por cuanto no existe interés social y menos aún utilidad pública. Resaltaron que lo que se pretende realizar es un proyecto netamente comercial, a excepción del centro cultural colomboespañol, por cuanto la construcción tiene un interés estatal más no un interés social o de utilidad pública.

Argumentaron que la intención de dicha entidad es expropiar a todas las personas que han estado sometidas a las normas de planeación, pagando impuestos durante muchos años sin haberseles permitido realizar ningún proyecto, por lo que deviene como corolario que se está disfrazando dicha expropiación bajo el concepto de utilidad pública e interés social, cuando se trata “de un interés estatal para favorecer los intereses de los grupos financieros y las constructoras quienes son particulares”.

(...)

En este sentido, se refirieron a que el acto administrativo acusado no tiene motivación al ser un simple catálogo de disposiciones normativas, además que el mismo omite referirse a las condiciones de urgencia para dicha declaratoria”.

DECISIÓN:

“...sentencia proferida el 18 de junio de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera - Subsección “B”, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

“Primero. Deniéganse las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Sin costas en la instancia.

Tercero. En firme esta providencia, archívese el expediente” (fl. 277, cdno. 1. Negritas del texto).”

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA:

Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

FECHA DE REVISIÓN DE LA FICHA:

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sección Primera	RADICADO: 05001-23-33-000-2013-00701-01	FECHA: 4/8/16
PONENTE: Guillermo Vargas Ayala		ACTOR: Grupo MCM S. A. de C.V	
DEMANDADO: Superintendencia de Sociedades			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho al no cobro de una multa impuesta por la comisión de una infracción cambiaria.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 29 de la Constitución Política y Decreto 4800 de 2010.

TEMA PRINCIPAL: El principio de favorabilidad es aplicable en las actuaciones administrativas dirigidas a sancionar las infracciones al régimen cambiario.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Inconforme con la anterior decisión la sociedad demandante la apeló, señalando como motivos de disenso contra el fallo de primera instancia los siguientes:

Que la sociedad mexicana demandante realizó una inversión extranjera en Colombia, a través de Alianza Fiduciaria S. A., entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y autorizada para actuar como intermediario del mercado cambiario, calidad que no puede pasarse desapercibida, pues implica el deber para esta de conocer el régimen legal aplicable a las inversiones en Colombia y aplicarlo de manera estricta y diligente; y que la inversión extranjera realizada por Grupo MCM S. A. de C.V. requería dos trámites para que quedara legalmente registrada en Colombia: el primero era diligenciar el Formulario Cambiario No. 4, lo que se efectuó diligentemente, y el segundo consistía en diligenciar el Formulario Cambiario No. 11, para lo cual se tenía un plazo de tres (3) meses desde la inversión extranjera, formulario este último que por omisión de la Fiduciaria no se diligenció dentro del término legal, quien solo lo hizo con posterioridad, lo que demuestra que no estaba en manos de la inversionista sino del intermediario cambiario tal actuación.

Que con posterioridad el Banco de la República eliminó la exigencia del registro dentro de los tres (3) meses siguientes a la inversión, al punto que actualmente no hay sanción por no hacer ese registro en un término determinado, e incluso cuando se formuló el pliego de cargos a la sociedad demandante ya no existía sanción por tal conducta.

Que el Tribunal mantiene vigentes unos actos administrativos que contravienen el ordenamiento legal y los principios de constitucionales de igualdad, justicia y debido proceso.

Que “[s]i la obligación del diligenciamiento de la declaración de cambio competía exclusivamente, al punto que el inversionista no habría podido presentarla, ¿su omisión genera responsabilidad exclusivamente para el inversionista?; y que ¿[n]o es acaso la culpa exclusiva de un tercero eximente de responsabilidad?”.

Que se mantiene la teoría de que el principio de favorabilidad no es aplicable sino frente a sanciones penales, pese a que el artículo 29 de la C. P. dice que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones; que se controvierten principios claros como que la duda se resuelve en favor del investigado, tal y como lo consagra el Estatuto Tributario; y que el razonamiento de la Corte Constitucional expresado en la Sentencia C-922 de 2001 sobre la aplicación de la favorabilidad en materia cambiaria no se debe desestimar.”

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

“El principio de favorabilidad en materia cambiaria.

(...)

La anterior reseña de la evolución jurisprudencial pone en evidencia que hay dos posiciones distintas y enfrentadas sobre la procedencia de la aplicación del principio de favorabilidad en materia cambiaria, razón por la cual se hace necesario que la Sección Primera unifique su jurisprudencia en torno a este tema.

Para el efecto tendrá en cuenta las siguientes consideraciones:

a) La Constitución Política en su artículo 29 consagra como derecho fundamental el debido proceso y prevé que este *“se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*, señalando, además, una serie de garantías y principios mediante los cuales dicho derecho se materializa, entre los que se encuentran el principio de legalidad de la falta y de la sanción, el principio de favorabilidad de la ley posterior, el principio de publicidad, el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, la presunción de inocencia, el principio de la doble instancia, el principio de *non bis in idem*, y la prohibición de la *reformatio in pejus*.

b) La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el derecho al debido proceso, además de ser un derecho, está instituido en la Carta Política como uno de los pilares de nuestro Estado Social de Derecho, en la medida en que opera no sólo como una garantía para las libertades ciudadanas, sino como un contrapeso al poder del Estado, en particular al *derecho de sanción o ius puniendi* -reconocido a este para reprimir las conductas consideradas contrarias a Derecho-, al someter las actuaciones judiciales y administrativas a los procedimientos y requisitos previamente establecidos en la legislación, bajo el amparo del principio de legalidad.

En consideración a lo anterior, dicha corporación ha definido este derecho como *“el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”*.

c) En el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración –modalidad de *ius puniendi* estatal– también deben operar las reglas propias del debido proceso.

En efecto, el Constituyente hizo extensivo el debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, de modo tal que las garantías mínimas del debido proceso penal resultan aplicables a las actuaciones administrativas sancionatorias, aunque en algunas situaciones particulares tal aplicación deba hacerse con ciertos matices, por tratarse de la protección de bienes jurídicos diferentes, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ciertamente, aunque las dos son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, la potestad sancionatoria penal del Estado es distinta a la potestad sancionatoria administrativa: La potestad sancionatoria penal propende por la garantía del orden social en abstracto, tiene una finalidad principalmente retributiva –eventualmente correctiva o resocializadora– y se ocupa de manera prevalente de conductas que implican un alto grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos, por lo que puede dar lugar a sanciones tan severas como la privación de la libertad. La potestad sancionatoria administrativa, por su parte, busca garantizar primordialmente los principios constitucionales que gobiernan la función pública y cumplir los cometidos estatales, y para ello emplea sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones y mandatos preestablecidos, aunque no implica sanciones tan severas como la privación de la libertad, siendo la multa la sanción prototípica del derecho administrativo sancionatorio.

Estas diferencias suponen que exista en determinados aspectos del derecho administrativo sancionatorio una aplicación menos estricta de las reglas del debido proceso penal. Esa aplicación menos severa de las garantías del debido proceso se puede observar, por ejemplo, en la jurisprudencia constitucional sobre los principios de legalidad y tipicidad en materia administrativa sancionatoria, o sobre los principios de presunción de inocencia y culpabilidad.

En la jurisprudencia contencioso administrativa también se ha aceptado una aplicación más flexible del principio de reserva de ley en materia de tipificación de faltas administrativas, v. gr. en materia de servicios públicos domiciliarios o en asuntos de tránsito automotor.

Sin embargo, tal realidad no implica en modo alguno que en las actuaciones administrativas sancionatorias seguidas por la Administración no se apliquen las *garantías mínimas del debido proceso*, pues este es un imperativo constitucional exigible en todos aquellos escenarios en que los ciudadanos puedan verse afectados por las actuaciones de las autoridades públicas, sean éstas judiciales o administrativas. Por lo tanto, por regla general las garantías del debido proceso son aplicables en el derecho penal y en todas las demás manifestaciones del derecho sancionador, entre ellas, el derecho administrativo sancionatorio, aunque con distinta intensidad, en consideración a la naturaleza, objeto y fines de cada uno de tales regímenes, salvo en los casos en que el legislador haya consagrado expresamente alguna excepción, como sería por ejemplo en tratándose del derecho administrativo cambiario en el que se consagró un régimen de responsabilidad objetiva.

d) Ahora bien, la Sala debe precisar que aunque en algunos casos el legislador ha ratificado expresamente la procedencia de los principios y garantías del debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias reconocidos por la Constitución Política (por ejemplo en los regímenes aduanero y disciplinario), el hecho de que en otras materias no exista esa consagración expresa no significa que los distintos elementos que informan el debido proceso no sean aplicables en otros asuntos, pues, como antes se dijo, este es un imperativo constitucional exigible en todas las actuaciones de las autoridades públicas que puedan afectar los derechos de los particulares.

e) Entre las citadas garantías mínimas que integran el debido proceso se encuentra el principio de favorabilidad, en virtud del cual una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. La Corte Constitucional se refirió al concepto y alcance del principio de favorabilidad en materia disciplinaria e hizo las siguientes consideraciones que, *mutatis mutandi*, son aplicables también respecto de otras manifestaciones del derecho punitivo estatal:

“En materia sancionatoria, el principio de que la ley rige las situaciones de hecho que surgen durante su vigencia se traduce en la máxima jurídica *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuya consagración constitucional se encuentra en el artículo 29 de la Carta que dispone: *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto se le imputa”* (art. 29, C. P.). El claro mandato que se incluye en la carta señala que, por regla general, la norma aplicable en un caso determinado es aquella que se encuentra vigente al momento de la comisión del hecho imputado, lo que en otros términos significa que los efectos de la norma jurídica no son retroactivos.

[...].

Ahora bien, el principio del que se viene hablando, aquel que prescribe que la ley aplicable a una situación fáctica es la vigente al momento de su acaecimiento, tiene como fin primordial la protección del principio de la seguridad jurídica, pilar fundamental del orden público. No obstante, **la tradición jurídica ha reconocido la posibilidad de establecer una excepción a tal precepto para permitir que situaciones de hecho acaecidas bajo la vigencia de una ley sean reguladas por otra.**

La Corte se refiere en estos términos al principio de favorabilidad, según el cual, **una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos.** El artículo 29 de la Constitución Política ha consagrado dicho principio en los siguientes términos “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

[...]

f) Estas mismas consideraciones que hizo la Corte tratándose del régimen sancionatorio aplicable a infracciones cambiarias en las materias de competencia de la DIAN deben también ser aplicadas en los asuntos sancionatorios cambiarios de competencia de la Superintendencia de Sociedades, pues no existe razón alguna que justifique ese trato diferente. Lo contrario, claramente constituiría un agravio al principio constitucional de igualdad ante la ley.

g) En el anterior contexto, en esta providencia la Sección Primera unifica su criterio en el sentido de señalar que el principio de favorabilidad es aplicable en las actuaciones administrativas dirigidas a sancionar las infracciones al régimen cambiario, por tratarse de una garantía mínima del debido proceso, el cual es un derecho constitucional fundamental que debe operar no solo en las actuaciones judiciales sino en *toda clase de actuaciones administrativas*”.

FUENTES: Artículo 29 de la Constitución Política; Decreto 4800 de 2010; Corte Constitucional, sentencias C-181 de 2002, C-922 de 2001 y T-1087 de 2005.

DECISIÓN:

“PRIMERO: UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA de la Sección Primera del Consejo de Estado, en el sentido de señalar que el principio de favorabilidad es aplicable en las actuaciones administrativas dirigidas a sancionar las infracciones al régimen cambiario”.

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"(i) GRUPO MCM S. A. EN C.V. es una sociedad mexicana vinculada al Grupo Kealtex que invirtió en Colombia en el proceso seguido para intentar salvar a Coltejer S. A. de una situación financiera insostenible. Una de las urgencias consistía en conseguir los recursos necesarios para atender los pagos de los pasivos laborales, por lo cual GRUPO MCM S. A. EN C.V. decidió aportar recursos al Acuerdo de Salvamento de Coltejer.

(ii) Con ese propósito, el 11 de julio de 2008 la sociedad Grupo MCM S. A. en C.V. giró a la cuenta bancaria de Alianza Fiduciaria S. A. la suma de USD 16.180.000.00, suma esta que una vez monetizada se giró para atender las obligaciones del Acuerdo de Salvamento de Coltejer, a través del PA Fideicomiso Grupo MCM. La inversión extranjera se efectuó por dicho monto el 11 de julio de 2008 en la ciudad de Medellín, diligenciando la correspondiente declaración de cambio identificada con el número 3158 (Formulario No. 4 del Banco de la República), cumpliendo así los requisitos establecidos para este tipo de operaciones.

(iii) Posteriormente, mediante la Resolución número 230-12470 del 2 de agosto de 2011 la Superintendencia de Sociedades impuso a Grupo MCM S. A. en C.V. una multa desproporcionada de \$342.692400, por considerar que incumplió las normas cambiarias al incurrir en extemporaneidad de cinco (5) meses y fracción en el diligenciamiento del Formulario No. 11 del Banco de la República, decisión esta contra la cual se interpusieron los recursos legalmente procedentes.

(iv) Mediante la Resolución número 230-004534 del 24 de agosto de 2012 la Superintendencia de Sociedades confirmó en todas sus partes la decisión impugnada.

(v) Para el 23 de octubre de 2012, fecha en que quedó en firme el acto administrativo sancionatorio, no era obligación de la demandada diligenciar el Formulario No. 11 del Banco de la República para legalizar la inversión que realizó, puesto que tal obligación fue eliminada en la modificación realizada a la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 del Banco de la República, de forma tal que la actuación de la Superintendencia de Sociedades vulnera el principio de favorabilidad al no existir conducta violatoria del régimen cambiario. En la actualidad tampoco hay lugar a sanciones de ningún tipo por la conducta investigada y sancionada por la entidad demandada.

(vi) La demandante realizó toda la inversión extranjera a través del PA Fideicomiso Grupo MCM administrado por la sociedad Alianza Fiduciaria S. A., y por lo tanto era esta sociedad, como profesional, quien debía efectuar todos los trámites de legalización de la inversión realizada."

(...)

"En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 la sociedad Grupo MCM S. A. de C.V., a través de apoderado judicial, acudió ante el Tribunal Administrativo de Antioquia con la pretensión de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 230-012470 del 2 de agosto de 2011 y 230-004534 del 24 de agosto de 2012, por las cuales se impone una multa por valor de \$342.692400 por la comisión de una infracción cambiaria y se confirma dicha decisión, respectivamente, expedidas por la Superintendencia de Sociedades, por considerarlas contrarias a los principios del debido proceso y de favorabilidad consagrados en el artículo 29 de la C. P. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare la no procedencia del cobro de la multa, y que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada."

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo de Antioquia en Sentencia del 19 de diciembre de 2014 denegó las súplicas de la demanda."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA:

Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

Ficha
No. 1

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 76001-23-31-000-2007-01611-01 (1605-09)	FECHA: 25/04/2013
PONENTE: Luis Rafael Vergara Quintero		ACTOR: María Emilsen Larrahondo Molina	
DEMANDADO: Ministerio de Defensa - Policía Nacional			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
----	--	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se denegaron las pretensiones de la demanda.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Artículos 46 a 48 y 151 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2063 de 1984**TEMA PRINCIPAL:** Pensión de sobrevivientes.**TEMAS COMPLEMENTARIOS:** No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Inconforme con la sentencia del Tribunal, la demandante la apeló en la oportunidad procesal. Afirmó que la sentencia se direccionó a considerar que a las luces de las sentencias 835 y 1032 de 2002 de la Corte Constitucional el artículo 121 del Decreto 1213 de 1990 no viola el principio de igualdad; sin embargo, nada se dijo acerca de las razones por las cuales no es procedente inaplicar por ilegal el artículo 120 del Decreto 2063 de 1984, asunto que no quedó resuelto en las precitadas sentencias, pero sí en la sentencia 432 de 2004 de la misma Corporación.

Considera que no es cierto el argumento según el cual no puede hacerse comparación entre el régimen general y el especial debido a que el primero se basa en aportes y el segundo en años de servicio, pues la Ley 823 de 2004 dispone lo contrario y, para justificar su dicho, transcribe lo pertinente de dicha norma, en especial lo dispuesto en el numeral 2.6 del artículo 2° y sostiene que el régimen especial de la Fuerza Pública funda sus pensiones en aportes y se rige por las mismas disposiciones que cobijan a las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida.

Se refiere a su cohabitación con el causante y la concepción de hijos durante el matrimonio, que demuestran su convivencia efectiva e insiste en que la negativa del reconocimiento del derecho constituye una violación a la Constitución y a la ley, así como a los principios de favorabilidad y legalidad, pues se le ubica en desigualdad respecto de quienes acceden a la pensión de sobrevivientes en aplicación de los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993.

Transcribe nuevamente las sentencias que sirvieron de soporte al concepto de violación de la demanda e insiste en el hecho de no ser miembro de la Policía Nacional para que se le apliquen las normas especiales que los cobijan, máxime cuando el causante cumplió más de los requisitos establecidos en la Ley 100 para el reconocimiento pensional materia de la litis.

Reitera los argumentos que sirvieron de soporte al concepto de violación en la demanda relacionados con la inaplicación del Decreto 2063 de 1984 por inconstitucional y al daño emergente y daños morales y materiales.

Considera que como en los Decretos 2063 de 1984 y 1213 de 1990 no aparece reglamentación acerca de la pensión de invalidez y la de sobrevivientes, debe remitirse a la Ley 100 de 1993 y sus complementarias, pues no puede quedar en cabeza de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional determinar el monto de la capitalización de los aportes hechos por el causante."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que en circunstancias especiales, cuando un régimen pensional especial no satisface las mínimas garantías que sí satisface el régimen general y cuando este resulta más favorable que el especial, debe preferirse su aplicación; no obstante, es necesario tener en cuenta que la ley favorable que se debe aplicar es la que esté vigente al momento en que se habría causado el derecho.

El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa al momento del fallecimiento del pensionado, es decir, en el caso analizado las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes que hubiera podido surgir con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Reyes son las que estaban vigentes el 19 de octubre de 1985, pues fue durante su vigencia cuando se produjo el deceso y por tanto, cuando se pudo consolidar el presunto derecho reclamado.

La Ley 100 de 1993, que consagra el derecho pensional de sobrevivientes solicitado por la accionante, entró en vigencia el 1° de abril de 1994, de conformidad con lo previsto en su artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

"Artículo 151. Vigencia del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1° de abril de 1994."

Es decir, no estaba en vigencia al momento del fallecimiento del causante, razón por la cual no puede aplicarse para resolver la situación pensional aquí reclamada.

Para la Sala es evidente que lo que pretende la demandante es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993, pues considera que le es benéfica y favorece sus pretensiones; no obstante, los derechos prestacionales derivados de la muerte del señor Reyes se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento de su fallecimiento, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad de la ley, derivado de la Ley 153 de 1887.

La ley sustancial, por lo general, tiene la virtud de entrar a regir las situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues aún no se encuentran consolidadas y, solo por excepción, rigen de manera retroactiva; sin embargo, para que ello ocurra, el contenido de la ley debe precisar lo pertinente, lo que no sucede en el caso de la Ley 100 de 1993, pues al tenor de lo dispuesto en su artículo 151 empezó a regir a partir del 1° de abril de 1994.

En las anteriores condiciones, la demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normatividad anterior, la que exigía el requisito de tener 15 o más años de servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento.

Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010 y noviembre 1° de 2012, en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior."

FUENTES: Artículos 46 a 48 y 151 de la Ley 100 de 1993; Decreto 2063 de 1984; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 7 de octubre de 2010, Rad.: 0761-09, C. P.: Luis Rafael Vergara Quintero; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 18 de febrero de 2010, Rad.: 1514-08, C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad.: 2300-06, sentencia del 16 de abril de 2009, C. P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

DECISIÓN:

"CONFIRMASE la sentencia de cinco (5) de junio de dos mil nueve (2009), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones, en el proceso promovido por María Emilsen Larrahondo Molina contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional por las razones expresadas en este proveído".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, María Emilsen Larrahondo Molina solicita al Tribunal declarar nulo el Oficio No. 14201 de agosto 24 de 2007, expedido por el Jefe del Grupo de Pensionados de la Policía Nacional, mediante el cual se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del Agente Jaime Reyes.

Como consecuencia de tal declaración pide reconocer a su favor el derecho a una pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite del señor Jaime Reyes y haber convivido con él en forma ininterrumpida durante más de 5 años anteriores al momento del fallecimiento ocurrido el 19 de octubre de 1985; pagar la pensión en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta los incrementos pensionales ordenados hasta el momento de su pago; indexar las mesadas pensionales adeudadas; reconocer los intereses moratorios a la tasa vigente en el momento en que se efectúe el pago; reconocer y pagar el equivalente a los salarios dejados de cancelar como sanción por no haberlos reconocido oportunamente; sufragar los valores en que tuvo que incurrir junto con su familia, por concepto de asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria, odontológica y jurídica; reconocer perjuicios como reparación del daño moral causado por la angustia y el daño psicológico ante el arbitrario

desconocimiento de la pensión reclamada; ajustar los valores adeudados de acuerdo con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE y ordenar el cumplimiento a la sentencia en la forma y términos previstos en los artículos 176 a 178 del C. C. A.

Relata la demandante que el Agente Jaime Reyes laboró en la Policía Nacional por más de 4 años y falleció el 19 de octubre de 1985, cuando se encontraba en servicio activo.

Comenta que convivió con el señor Reyes durante más de 4 años anteriores a su fallecimiento, unión en la que se procrearon dos hijos que en la actualidad ya son mayores de edad.

Indica que la Policía Nacional en ningún momento resolvió lo relativo al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a causa del fallecimiento del señor Reyes y que ese derecho tiene sustento legal en los Decretos 2063 de 1984, 1213 de 1990 y las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980, 113 de 1985, 100 de 1993 y 797 de 2003; además, en sentencias proferidas por la Corte Constitucional.

Aduce que convivió con el señor Reyes hasta el momento de su fallecimiento, que este siempre la incluyó dentro de su núcleo familiar, que era ella quien lo acompañaba en las actividades sociales y fue quien adelantó los trámites del sepelio, razón por la cual consideró ser titular del derecho a la pensión de sobrevivientes y así lo solicitó, pero la Policía Nacional negó la reclamación mediante el acto demandado, decisión que considera es violatoria de su derecho al mínimo vital.

Dice que la Policía Nacional no ha puesto a disposición de ningún juzgado los dineros que corresponden a la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor Reyes, con los intereses moratorios, indexación de mesadas dejadas de cubrir y perjuicios.

Sostiene que la administración no tuvo en cuenta que el causante laboró en forma ininterrumpida durante 5 años, 6 meses y 6 días, es decir, en el año anterior a su fallecimiento cotizó más de 26 semanas, lo que da lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes establecida en los artículos 46 a 48 de la Ley 100 de 1993.

Considera que para resolver la solicitud de pensión de sobrevivientes reclamada, la Policía debió inaplicar por inconstitucional, a partir del 7 de julio de 1991 cuando entró a regir la nueva Constitución Política, un aparte de los artículos 120 literal C del Decreto 2063 de 1984 y 113 del Decreto 1213 de 1990, porque con su expedición el Presidente de la República invadió el ámbito de competencia del legislador quien debía expedir la normatividad sobre esa materia.

Indica que a pesar de que los miembros de la Policía Nacional están exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo establecido en su artículo 279, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha permitido su aplicación en ejercicio del principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad; entonces, como se trata de supuestos fácticos similares al aquí analizado debe accederse a las pretensiones, máxime cuando ella no es miembro policial.

Señala que la Corte Constitucional en Sentencia C-461 de 1995 respecto a los regímenes pensionales consideró inadmisibles que a un grupo de pensionados se les excluya de un beneficio otorgado a la generalidad del sector, razón por la cual concluye que como en este caso se cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes consagrada en el régimen general y no en el especial, debe preferirse la aplicación de aquel en prevalencia de los principios de favorabilidad e igualdad.

Expresa que los servidores públicos están en el deber de inaplicar preceptos de rango inferior cuando es evidente y ostensible su oposición a la Constitución Política, como en este caso en que los precitados decretos nacieron a la vida jurídica valiéndose de facultades extraordinarias y con una fundamentación diferente a la consagrada en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, que determina que la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública debe producirse mediante una ley marco.

Estima que el 8% de aporte mensual de sueldo que hizo el señor Reyes estaba encaminado a financiar la pensión por riesgo común o riesgo profesional.

Cita apartes de la sentencia T-566 de 1998 y aduce que la situación allí planteada tiene elementos fácticos y jurídicos similares a los debatidos en el sub iudice, razón por la cual debe accederse a las pretensiones de la demanda; además, sostiene que las disposiciones legales del régimen general siempre han exigido 26 semanas de cotización para el reconocimiento de la pensión.

Considera que se constituyó un daño emergente y se causaron daños morales y materiales en razón de la omisión en que incurrió la administración por no satisfacer oportunamente al trabajador los intereses sobre las prestaciones que debieron reconocerse oportunamente; que se causaron intereses moratorios a cargo del empleador por no consignar oportunamente los aportes de que era responsable, al tenor de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y que se causó mora en el pago de las obligaciones prestacionales, consagrada en la Ley 244 de 1995 y precisa que tales normas son aplicables por analogía, al no existir una que se ajuste exactamente al caso controvertido.

Sostiene que no hay lugar a declarar la prescripción cuatrienal toda vez que en todo momento ha exigido a la entidad el reconocimiento de su derecho pensional, sin que esta haya accedido; pero en momento alguno se observa inactividad injustificada de su parte, lo que impide la extinción de su derecho.

Aduce que el acto demandado está afectado por falsa motivación, toda vez que en vida del causante ella fue quien siempre figuró como su cónyuge, con quien se demostró la convivencia afectiva y cuyo único bien material es la pensión de sobrevivientes que le fue negada mediante el acto acusado."

DECISIÓN:

"El Tribunal denegó las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que la norma aplicable para el reconocimiento de la pensión reclamada es la que se encontraba vigente al momento del fallecimiento del causante, es decir, el artículo 120 del Decreto 2063 de 1984 que exige un tiempo mínimo de 15 años de servicio, los cuales no fueron cumplidos por el señor Reyes, quien al momento de su deceso solo había completado 5 años, 6 meses y 6 días de servicio.

Consideró que el derecho a la pensión de sobrevivientes consagrado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 es más favorable que el consagrado en el régimen especial de la Policía; sin embargo, el régimen general de pensiones se funda en aportes, mientras que el especial se sustenta en tiempo de servicio, lo que impide realizar comparación a efecto del reconocimiento.

Precisó que si bien podría aludirse una aparente desigualdad del régimen especial respecto del general, ella queda desagraviada con otros beneficios previstos por aquel, como es la compensación a que se puede acceder cuando no se cumplen los requisitos para el reconocimiento prestacional, la cual fluctúa de acuerdo con el tiempo de servicio prestado en la Institución.”

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA:

Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 25000-23-25-000-2004-06297-01 [1451-08]	FECHA: 25/04/2013
PONENTE: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren		ACTOR: Martha Elena Vélez Rico	
DEMANDADO: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República (Fonprecon)			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
----	--	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se denegaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Constitución Política; Ley 4 de 1992; Artículo 150 de la Ley 100 de 1993; Decreto 1359 de 1993; Decreto 1293 de 1994.

TEMA PRINCIPAL: Régimen especial de los congresistas. Régimen de transición de los congresistas.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El apoderado de la demandante manifiesta, que según lo dispuesto por el Decreto 1293 de 1994 son beneficiarios del Régimen de Transición, no solo los Congresistas que tuvieran tal calidad en el momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993, sino también quienes la han ostentado con anterioridad. Y aunque el Tribunal señaló que el Parágrafo del artículo 2° de dicho decreto fue declarado nulo, "no tuvo en cuenta que al momento del fallecimiento aún no se había proferido la mencionada sentencia de nulidad. Así las cosas, en ese instante se encontraba vigente la citada disposición y por lo tanto se había adquirido el derecho el cual no podía ser desconocido por una disposición posterior. Así las cosas, no hay duda que el señor Humberto de Jesús Saldarriaga era beneficiario del régimen de transición en virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2° del Decreto 1359 de 1993, por lo que al fallecer transmitió el derecho de la actora en este proceso".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Del estudio sistemático de la normativa reseñada infiere la Sala, como ya lo hizo en anterior oportunidad, que en lo que al Régimen Especial de los Congresistas se refiere, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1359 de 1993, su ámbito de aplicación se contrae a quienes a partir del 18 de mayo de 1992, fecha de vigencia de la Ley 4° de 1992, ostenten la calidad de Senador o Representante a la Cámara, es decir, que se encuentren para dicha fecha en el ejercicio del cargo o lo que es lo mismo en condición de actividad parlamentaria, debidamente posesionados y afiliados a la Entidad Pensional del Congreso, efectuando cumplidamente las cotizaciones y los aportes, tal como lo señala su artículo 4°.

Igualmente, son destinatarios de este Régimen Especial, quienes habiendo sido Congresistas en el pasado y que estén pensionados, luego se reincorporen al servicio como Parlamentarios encontrándose en condición de activos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 4° de 1992, efectuando el respectivo aporte al Fondo, para lo cual hayan renunciado temporalmente a recibir pensión de jubilación reconocida con anterioridad, siempre que el nuevo lapso de vinculación al Congreso no sea inferior a un año en forma continua o discontinua.

Encuentra entonces la Sala, que el Régimen Especial que gobierna a los Congresistas no puede extender sus preceptivas a quienes no se hallen vinculados a la entidad de la cual devienen de manera directa e indefectible la especialidad del ordenamiento cuya aplicación se alega.

Lo contrario sería pretender que la labor de un servidor por unos cuantos meses en la entidad amparada con un régimen especial, lo revista de sus beneficios; con lo que a todas luces, se estaría habilitando la incursión en la práctica ilegal comúnmente denominada carrusel pensional.

Y es en esta dirección que la Corte Constitucional consideró, que se rompe el equilibrio mínimo y de paso se afecta el derecho a la igualdad, cuando se puede acceder a la pensión jubilatoria con un tiempo de ejercicio en la actividad congresional que solo comprende unos pocos meses.

Lo anterior, aunado a que en atención al principio de inescindibilidad, en estas materias que revisten especial trascendencia social, no son admisibles las interpretaciones aisladas y fragmentarias de la norma, tomando solo apartes de sus contenidos, para aplicarlas a ciertos presupuestos de hecho; pues, sin lugar a dudas, ello implica el quebrantamiento del orden normativo establecido, que debe ser analizado y aplicado en su conjunto, so pena de incurrir en el desconocimiento de su verdadero espíritu.

Y, en lo que concierne al Régimen de Transición de los Congresistas, establecido por el Decreto 1293 de 1994, entendido el régimen de transición como aquel que busca proteger expectativas pensionales a futuro, pero que se enmarquen en el régimen pensional vigente al momento de expedición de la nueva Ley ; tal como lo determinó la Sección , extiende su cobertura a quien siendo Congresista para el 1° de abril de 1994 –vigencia de la Ley 100 de 1993–, además cumpla con la edad –40 años o más si es hombre o 35 años o más si es mujer– o la cotización o el tiempo de servicios por 15 años o más.

De esta suerte, para ser destinatario del Régimen de Transición de Congresistas, se requiere de una condición imprescindible, que no es otra que ostentar la calidad de Parlamentario, circunstancia que no puede ser suplida. En otras palabras, es preciso determinar en cada caso en particular, si se reúnen los requisitos de ley necesarios para ser beneficiario del Régimen de Transición y ello se torna en absolutamente necesario, porque el hecho de estimar que se es favorecido por el régimen, con ocasión de haber sido miembro del cuerpo legislativo por escasos meses, no implica que la pensión jubilatoria se deba reliquidar con sujeción al mismo.

El Régimen de Transición de los Congresistas se constituye entonces, en la proyección del status jurídico favorable adquirido, por encontrarse en condición de actividad congresional, que permite resguardar las expectativas conforme a la normativa que luego fue retirada del ordenamiento jurídico.

Pero que a su turno, no puede prolongarse en el tiempo, es decir, más allá de la vigencia del Régimen General de Transición, porque de ser así, sería tanto como pretender su aplicación en forma virtual, como una opción en el tiempo mucho después de la vigencia de la Ley Particular, situación que desnaturalizaría la figura de la Transición y que de paso impediría que el Régimen de Transición ordinario cumpliera con su misión de unificar el sistema pensional dejando de lado los regímenes especiales de pensiones, entre ellos, el de los Parlamentarios.

(...)

En este punto resulta imprescindible recordar, que cuando se pretende el reconocimiento de la pensión, dicha petición se debe elevar con fundamento en la normativa vigente para la fecha de la consolidación del status pensional y no a la luz de las normas que en el futuro regularán ese asunto. En efecto, las disposiciones que surgen con posterioridad a la adquisición del status pensional, de ninguna manera aplican para aquellas situaciones que se consolidaron bajo los supuestos de la norma anterior y ello es así, porque es indudable que en esta materia, de manera alguna opera el fenómeno de la retrospectividad de la ley".

FUENTES: Ley 4 de 1992; Ley 100 de 1993; Decreto 1359 de 1993; Decreto 1293 de 1994; Corte Constitucional, sentencia C-608 de 1999; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 2 de abril de 2009, Rad.: 5678-03, C. P.: Gerardo Arenas Monsalve; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de octubre de 2005, Rad.: 1276-2001, C. P.: Alberto Arango Mantilla.

DECISIÓN:

"Primero: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de enero de 2008, desestimatoria de las súplicas de la demanda instaurada por la señora Martha Elena Vélez Rico contra el Fondo de Previsión Social del Congreso."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Martha Elena Vélez Rico, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 315 de 19 de febrero de 2004, por medio de la cual se niega una pensión de sobrevivientes, y de la Resolución No. 602 de 13 de abril de 2004, que confirma la anterior al desatar el recurso de reposición, ambas proferidas por la Dirección General de Fonprecon.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene al Fondo demandado, reconocer la pensión de sobreviviente a la que estima tiene derecho; que se ordene el pago retroactivo de las mesadas causadas por los incrementos legales así como de las mesadas adicionales y que se condene en costas.

Relata la actora en el acápite de hechos, que el causante laboró como Profesor de Cátedra en la Institución Javiera Londoño desde enero de 1968 hasta el 30 de enero de 1970; en la Universidad de Antioquia del 1° de agosto de 1971 al 29 de febrero de 1976; en la Universidad Pontificia Bolivariana desde el 2 de febrero de 1976 hasta el 1° de febrero de 1981; se vinculó al Municipio de Medellín en la Secretaría de

Bienestar Social del 13 de octubre de 1982 al 24 de octubre de 1984; en calidad de Auditor Especial de la Contraloría Departamental de Antioquia; como Representante a la Cámara para el período 1990-1994, desde el 20 de julio de 1990 hasta el 30 de noviembre de 1991; en calidad de Vicerrector del Politécnico Colombiano José Isaza Cadavid del 3 de febrero de 1992 al 6 de julio de 1992 y como Rector del Tecnológico de Antioquia desde el 17 de abril de 2001 hasta el 17 de mayo.

Manifiesta, que el 8 de noviembre de 1975 contrajo matrimonio católico con el señor Humberto de Jesús Saldarriaga, quien falleció el 17 de mayo de 2003.

Señala, que por tener derecho a la pensión de sobreviviente, formuló la correspondiente petición, que fue negada por medio de la Resolución No. 315 de 19 de febrero de 2004, decisión que fue confirmada por la Resolución No. 602 de 13 de abril de 2004.

Invoca como normas violadas los artículos 1º, 2ºs, 25, 29, 31, 48, 53, 209 de la Carta Política; Ley 5ª de 1992; Decreto 1359 de 1993; Decreto 816 de 2002.

Manifiesta que la actuación acusada vulnera las disposiciones constitucionales invocadas, porque desconoce los postulados y fines del Estado Social de Derecho, al igual que el derecho fundamental al trabajo cuando niega el derecho a la pensión que es derivación de aquel. Y transgrede los preceptos legales citados, que consagran los beneficios especiales a favor de los ex congresistas, cuando no aplica el derecho a disfrutar de la pensión de jubilación".

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 31 de enero de 2008, denegó las súplicas de la demanda.

Estimó, después de hacer referencia a la normativa que regula la materia, que el causante no podía ser beneficiario del Régimen Especial, porque para la fecha en la que cumplió el status pensional, no ostentaba la condición de Parlamentario, como tampoco lo era del Régimen de Transición, pues el mismo protege las expectativas de quienes laboraban como Congresistas y, con ocasión de la declaratoria de nulidad del parágrafo del artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, tampoco este régimen es aplicable a quienes fungieron como Congresistas con anterioridad al 1º de abril de 1994. Una vez que reunió los requisitos, el Seguro Social le reconoció la pensión de vejez a través de la Resolución No. 16443 de 2003. En esta medida, resulta también improcedente el derecho reclamado por la demandante en su condición de cónyuge sobreviviente."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA:

Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 44001-23-31-000-2008-00150- 01	FECHA: 01/08/2013
PONENTE: Gerardo Arenas Monsalve		ACTOR: Héctor Enrique Duque Blanco	
DEMANDADO: Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal)			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la seguridad social.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Ley 100 de 1993; Decreto 1047 de 1978; Decreto 1933 de 1989; Decreto 1137 de 1989; Decreto 2646 de 1994; Decreto 2646 de 1994.

TEMA PRINCIPAL: Pensión de jubilación de trabajadores del extinto DAS.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Régimen pensional especial de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Prima de riesgo de los empleados del Departamento de Seguridad, DAS.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

*1. La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con base en los argumentos que se pasan a resumir:

Sostuvo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta que al señor Héctor Enrique Duque Blanco le faltaba 1 año y 10 meses para alcanzar su estatus pensional, el ingreso base de liquidación (IBL), de su pensión debía calcularse con la totalidad de los factores salariales devengados en este tiempo, incluyendo las primas de riesgo, servicios y clima, los cuales no se tuvieron en cuenta para efectos de establecer el referido ingreso base de liquidación.

Precisó que, el Tribunal incurrió en un yerro al omitir la inclusión de la prima de servicios en la base de liquidación de la pensión del demandante toda vez que, de la certificación allegada al expediente resulta claro que esta fue pagada en el mes de julio de 2002, por valor de \$ 1.843.220 pesos.

Agregó que, de no prosperar la tesis antes expuesta se solicitaba que se ordenara el reconocimiento de lo devengado por el demandante durante el último año de servicios prestados, con efectividad a partir del 16 de octubre de 2003 y no desde el 1 de noviembre de 2003 como se sostuvo inicialmente.

Finalmente, en lo que respecta a la prescripción declarada por el Tribunal sobre las diferencias reconocidas manifestó la parte demandante que el término prescriptivo se debe contar, tres años hacia atrás, a partir del 14 de marzo de 2006, toda vez que fue en esa fecha que acudió ante la jurisdicción para formular su reclamo en concreto, esto es, al demandar los actos administrativos que le negaron el reajuste de la pensión que venía percibiendo como ex empleado del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

2. La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con los siguientes argumentos:

Sostuvo que, contrario a lo afirmado por el Tribunal no era posible liquidar la pensión del demandante con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por este toda vez que la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) no registra aportes sobre factores como prima de vacaciones, de navidad y los auxilios de transporte y alimentación.

Argumentó que, no hay duda del derecho que le asiste al demandante a percibir una pensión de jubilación en su condición de exfuncionario del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) teniendo en cuenta para ello el régimen especial previsto en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989. Sin embargo, precisó la parte demandada, que en lo concerniente a la liquidación y pago de la referida prestación pensional se debe tener en cuenta lo preceptuado por la Ley 100 de 1993.

Manifestó que, aceptar la tesis propuesta por el actor, esto es mantener invariable los regímenes especiales, se estaría frente a una multiplicidad de regímenes con características particulares, en torno al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el cual sostuvo la parte demandada, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debe ser uno solo.

Indicó que, incurre el Tribunal en un error al asimilar los conceptos de ingreso base de liquidación y monto, toda vez que, el primero de ellos hace alusión al promedio actualizable del ingreso de un trabajador durante un período de tiempo, sobre el cual se realizaron los aportes o cotizaciones destinadas cubrir las contingencias derivadas de la vejez; a diferencia del segundo de ellos, que se refiere al porcentaje variable aplicado sobre el ingreso base de liquidación para determinar la cuantía pensional.

Sostuvo que, en vigencia de las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, le correspondía al empleador efectuar los aportes a la respectiva caja de previsión social con el fin de que una vez cumplidos los requisitos de tiempo y edad, el empleado pudiera gozar de una prestación pensional, cuyo único fin era amparar las contingencias derivadas de la edad y la imposibilidad de seguir laborado, circunstancia que a juicio de la parte demandada no se observó en el caso concreto del señor Héctor Enrique Duque Blanco.

Concluyó que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 128 y 307 del Código Sustantivo del Trabajo, no era posible computar las primas de servicios, navidad y vacaciones como factores salariales al momento de liquidar la pensión del señor Héctor Enrique Duque Blanco, toda vez que éstas obedecen a asumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibía de parte del empleador".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Bajo estos supuestos, estima la Sala que a partir de la expedición del Decreto 1047 de 1978, el legislador extraordinario, estableció un régimen pensional especial a favor de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que desempeñaban las funciones de dactiloscopistas, exigiendo como requisitos para el reconocimiento de una prestación pensional vitalicia de jubilación 20 años de servicios continuos o discontinuos y, adicionalmente, haber aprobado el curso de formación en dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento Administrativo.

Así mismo, se reitera que con posterioridad, el Presidente de la República mediante Decreto 1933 de 1989, reguló en forma detallada lo concerniente al régimen pensional de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) al señalar, en primer lugar, i) que las normas generales sobre pensiones de jubilación previstas para los empleados de la administración pública en el orden nacional resultaban aplicables a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS., y, en segundo lugar, ii) que para el caso de los dactiloscopistas en los cargos de detectives agentes o especializados, y detectives en general le resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1047 de 1978, previendo en todo caso en su artículo 18 los factores salariales a tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, IBL, de la pensión de jubilación prevista en su artículo 10.

[...]

La tesis expuesta en precedencia fue replanteada mediante sentencia de 10 de noviembre de 2010. Rad. 568-2008. MP. Gustavo Gómez Aranguren, en la cual se deja de lado una lectura literal del Decreto 2646 de 1994, para dar paso a una interpretación que atiende a la tesis mayoritaria de la Sala de Sección respecto a la interpretación favorable de las normas que contemplan los factores salariales a tener en cuenta al momento de establecer el ingreso base de liquidación, IBL, de una prestación pensional, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969.

Así se advierte en la providencia en cita:

"De lo anterior es claro, que el argumento del Tribunal resulta insuficiente y ambiguo, pues si bien es cierto el Legislador señaló expresamente en los Decretos 1137 de 2 de junio de 1994 y 2646 de 29 de noviembre de 1994, que la prima de riesgo no constituía factor salarial, también lo es que dicha prima tiene proyección dentro del marco de la liquidación de la pensión, pues de conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 la pensión vitalicia de jubilación debe liquidarse con el promedio de los salarios y primas de toda especie, razón por la cual el hecho de que la prima de riesgo no tuviera el carácter de factor salarial no la excluía de ser tenida en cuenta para efectos liquidar la pensión de jubilación del demandante.

[...]

No comparte la decisión en cuanto negó la inclusión de la proporción correspondiente a la prima de riesgo, puesto que si bien es cierto ella no está enlistada como uno de los factores sobre los cuales se establece la cuantía de la mesada pensional en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, y que a la luz de los Decretos 2646 de 1994 y 1137 del mismo año, ella no constituye factor de salario por no tratarse en este caso particular de la Ley 100 de 1993 en cuanto en el artículo 36 inciso tercero dispone que quienes se encuentren en el régimen de transición, que le faltare menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, se ordenará su inclusión.

En consecuencia se modificara la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar que en la nueva liquidación de la pensión de jubilación del actor se incluya la proporción correspondiente a la prima de riesgo" (Negrilla fuera de texto).

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tomada en cuenta para los fines indicados.

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que este percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.

(...)

En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales, eminentemente conmutativa, en la que el trabajador suministra al empleador su fuerza, representada en la labor propiamente desarrollada y lo que este recibe a cambio como contraprestación, sea en especies o en dinero. Tal contraprestación, debe decirse, no puede desatender los valores constitucionales, principios y derechos a la igualdad, la garantía a una remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y a la primacía de la realidad sobre las formas.

Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.

Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana.

(...)

Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tomada en cuenta como

factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

(...)

De lo anterior se colige que al personal de detectives que estuvieran vinculados con anterioridad a la vigencia del Decreto 1835 de 1994 se le debe respetar los derechos establecidos en las normas vigentes anteriores a la Ley 100 de 1993. En consecuencia, no hay duda de que la norma aplicable al caso sub examine es el Decreto Ley 1933 de 28 de agosto de 1989 "Por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad".

En este orden de ideas, la Sala reitera que los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989 establecieron un régimen especial de pensiones para los empleados vinculados al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en los términos precisos de su contenido respecto al tiempo de servicios, esto es 20 años, sin consideración a la edad y teniendo en cuenta que, por mandato expreso del citado artículo 18 del Decreto 1933, los factores salariales para liquidar dicha prestación pensional.

FUENTES: Ley 100 de 1993; Decreto 1047 de 1978; Decreto 1933 de 1989; Decreto 1137 de 1989 ; Decreto 2646 de 1994; Decreto 2646 de 1994; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 10 de noviembre de 2010, Rad.: 568-2008, C. P.: Gustavo Gómez Aranguren; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 15 de noviembre de 2011, Rad.: 2011-01438-00, C. P.: Alfonso Vargas Rincón; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 12 de julio de 2012, Rad.: 2011-01479-0, C. P.: Víctor Alvarado Ardila; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de julio de 2002, Rad.: 1393, C. P.: Flavio Augusto Rodríguez Arce; Corte Constitucional, sentencia C- 279 de 1996.

DECISIÓN:

"CONFÍRMASE parcialmente la sentencia de 11 de agosto de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda promovida por Héctor Enrique Duque Blanco contra la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), con las siguientes adiciones:

ADICIÓNASE la sentencia recurrida en el sentido de inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

ADICIÓNASE la sentencia recurrida en el sentido de ordenar a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), que los factores devengados por el señor Héctor Enrique Duque Blanco, durante el último año de servicios al extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) entre ellos, las primas de servicios, clima y especial de riesgo, deben ser incluidos en la base salarial de la pensión de jubilación que viene percibiendo, tal como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

ADICIÓNASE la sentencia recurrida en el sentido de que hay lugar a decretar la prescripción sobre las diferencias originadas en la reliquidación ordenada en esta providencia, con anterioridad al 9 de agosto de 2001, tal como se expresó en la parte motiva de esta providencia.

ADICIÓNASE la sentencia recurrida en el sentido de ordenar a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), que las sumas que se reconozcan a favor del demandante serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C. C. A'.

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Héctor Enrique Duque Blanco, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A., demandó del Tribunal Administrativo de la Guajira la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. Resolución No. 016885 de 10 de junio de 2005, mediante la cual la Asesora de la Gerencia General de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) reliquidó parcialmente la pensión de jubilación que venía percibiendo, en su condición de ex empleado del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

2. Resolución No. 5128 de 22 de agosto de 2005, suscrita por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición formulado en contra de la Resolución No. 5128 de 2005, modificando su parte resolutive, al acceder a la reliquidación parcial de la citada prestación pensional.

Como consecuencia de la anterior declaración, el demandante solicitó que se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) reliquidar la pensión de jubilación que viene percibiendo con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, entre ellos, la asignación básica, prima de antigüedad, indemnización por vacaciones, prima técnica, bonificación especial por recreación, viáticos, prima de riesgo, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, de navidad y de servicios.

Que se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) pagar las diferencias resultantes entre el monto pensional previsto en la Resolución No. 5128 de 2005 y lo establecido en la presente sentencia, esto, a partir del 15 de octubre de 2003.

Finalmente, solicitó que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos y condiciones establecidas en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984.

Fundamenta las pretensiones en los siguientes hechos:

El señor Héctor Enrique Duque Blanco prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) por más de 27 años.

Se sostuvo en la demanda que, el último empleo desempeñado por el demandante en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) fue el de Subdirector, de la Seccional Guajira, hasta el 15 de octubre de 2003.

Se indicó que, el actor adquirió su estatus pensional el 19 de enero de 1996, al haber cumplido el tiempo de servicio, único requisito exigido por el régimen especial del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) para el reconocimiento de una pensión de jubilación.

Se precisó que, reconocida la pensión de jubilación al actor, este solicitó a la Gerencia General de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) su reliquidación frente a lo cual, la referida Caja de Previsión mediante Resolución No. 16885 de 10 de junio de 2005, dispuso la reliquidación solicitada, sin tener en cuenta varios factores salariales entre ellos, las primas de riesgo, técnica, clima, vacaciones navidad y servicios, así como la bonificación especial por recreación y la indemnización por vacaciones.

Se señaló que el demandante formuló recurso de reposición en contra de la Resolución No. 16885 de 2005, el cual fue resuelto por la Oficina Asesora Jurídica de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) a través de la Resolución No. 5128 de 22 de agosto de 2005, accediendo a la reliquidación parcial de la pensión que venía devengando.

Se sostuvo, que no obstante la reliquidación ordenada por la Caja Nacional de Previsión(Cajanal) sobre la pensión del demandante, no fueron tenidos en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año en que prestó sus servicios, esto es, entre el 13 de octubre de 2002 y el 14 de octubre de 2003”.

DECISIÓN:

“El Tribunal Administrativo de la Guajira mediante sentencia de 11 de agosto de 2010 accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se resumen (fls. 165 a 182, cuaderno 1):

Argumentó, que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, a través de su régimen de transición, se mantuvieron a salvo los derechos adquiridos de los trabajadores que venían vinculados a la administración, con anterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, precisó el Tribunal, que el legislador concibió la existencia de un régimen especial, Decreto 1835 de 1994, para aquellos servidores que desempeñaran actividades de alto riesgo, régimen que exigía menores requisitos para acceder al reconocimiento de una prestación pensional.

Sostuvo que, el Decreto 1933 de 1989, por el cual se expide el régimen prestacional especial para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) dispuso taxativamente los factores a tener en cuenta para efectos de establecer el ingreso base de liquidación de una prestación pensional, por lo que, precisó el Tribunal, resultaba inaceptable el argumento de la demandada de acudir a las normas del Código Sustantivo del Trabajo para establecer dichos factores salariales, existiendo una norma especial que los contemplaba.

Argumentó que, de acuerdo con la certificación suscrita por el pagador de la Dirección Seccional Guajira del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) visible a folios 33 y 35 del expediente, el demandante durante el último año de servicios 2002 y 2003 devengó como factores salariales: la asignación mensual, incremento de antigüedad; prima técnica; de navidad; de vacaciones; bonificación por servicios; factores que a juicio del Tribunal debieron ser tenidos en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del señor Héctor Enrique Duque Blanco.

Y, finalmente, en relación con la prima de riesgo, sostuvo la sentencia apelada que el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 estableció de manera expresa que dicha prestación no constituía factor salarial, para efectos de la liquidación de una prestación pensional, por lo que, concluyó el Tribunal, la misma no debía ser incluida en el ingreso base de liquidación de la pensión que venía percibiendo el actor.”

5. SEGUNDA INSTANCIA**SENTENCIA:**

Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 250002325000200 70024201(0927-2011)	FECHA: 21/08/14
PONENTE: Bertha Lucía Ramírez de Páez		ACTOR: Manuel Santiago Urueta Ayola	
DEMANDADO: Instituto de Seguros Sociales (ISS)			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la seguridad social.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Ley 90 de 1946; Artículo 17 de la Ley 4 de 1992.

TEMA PRINCIPAL: Aplicación del régimen de congresistas a los magistrados de Altas Cortes.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Obligatoriedad de la afiliación de un trabajador al seguro social antes de la Ley 100 de 1993. Cómputo para pensión de las semanas no cotizadas al ISS antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones. Aplicabilidad de la sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013, que declaró inexecutable algunos apartes del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992 a situaciones consolidadas con anterioridad a su expedición.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

El apoderado del ente Universitario en el recurso de apelación interpuesto contra el anterior proveído, argumentó lo siguiente:

El Tribunal desconoció el principio de irretroactividad de la Ley establecido en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo al aplicar normas que no existían al momento en que el actor terminó su relación laboral con la Universidad Externado de Colombia.

Si en gracia de discusión se aceptara que la Ley 71 de 1988 goza de efectos retroactivos, esta resulta inaplicable al caso concreto porque el artículo 21 del Decreto 1160 de 1989, que reglamentó dicha Ley, establece que el tiempo de servicios laborados en una empresa privada no afiliada al Instituto de Seguros Sociales no es computable para el reconocimiento de la pensión de vejez. Así lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en sus providencias.

Las semanas útiles para efectos pensionales son las efectivamente cotizadas, es decir, que en este caso, no es posible tener en cuenta el tiempo laborado por el demandante en la Universidad Externado de Colombia debido a que no existió afiliación al ISS y por ende, no se realizaron cotizaciones.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en afirmar que antes de 1989 el ordenamiento jurídico no establecía la manera como el empleador debía responder cuando no afiliaba a sus trabajadores a la seguridad social. Con la expedición del Decreto 3063 de 29 de diciembre de 1989 se dispuso que "la calidad de afiliado al régimen es requisito necesario para que una persona y sus derechohabientes queden protegidos, de acuerdo con los reglamentos respectivos, contra las contingencias de enfermedad general y maternidad, invalidez, vejez, muerte, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y asignaciones familiares. Por lo tanto, el patrono que no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado a hacerlo, deberá reconocerles a ellos y a los derechohabientes, las prestaciones que el ISS les hubiere otorgado en el caso de que la afiliación se hubiere efectuado, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar."

La norma citada no es aplicable al caso del demandante porque la relación laboral con la Universidad Externado de Colombia terminó antes de su vigencia, es decir, ya había una situación consolidada que no puede ser modificada aplicando leyes expedidas con posterioridad.

El actor pudo reclamar a la Universidad Externado de Colombia una indemnización de perjuicios por la omisión de afiliarlo al Instituto de Seguros Sociales pero no lo hizo, y en la actualidad, la acción se encuentra prescrita ya que ha transcurrido un lapso considerable desde que terminó la relación laboral (1986) y la presentación de la demanda.

No hay lugar al pago del bono pensional que ordenó el A quo porque la relación laboral que existió entre la Universidad y el demandante finalizó antes de la creación legal de esa figura. Además, los empleadores privados no están obligados a emitir bonos pensionales.

El A quo revivió un debate jurídico que el Instituto de Seguros Sociales terminó en el proceso de cobro coactivo iniciado en contra de la Universidad Externado de Colombia por encontrar probada la excepción de inexistencia de la obligación dado que no mediaba afiliación que le permitiera a dicha entidad cobrar suma alguna por concepto de cotizaciones.

Advirtió que el régimen pensional especial de los Congresistas y Magistrados de Altas Cortes no es aplicable al demandante porque el tiempo laborado en el sector privado no le resulta útil para completar los 20 años de servicio debido a que no realizó cotizaciones en el Instituto de Seguros Sociales.

El Instituto de Seguros Sociales

El apoderado del ISS en el recurso de apelación advirtió que si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque contaba con 40 años de edad y 15 años de servicio al 1° de abril de 1994, no le resulta aplicable el régimen especial de Congresistas en razón a que el Decreto 47 de 1995 exige que el cargo estuviera siendo desempeñado al 20 de junio de 1994 y el doctor Urueta Ayola lo ejerció a partir del 1° de diciembre de 1995.

Como el demandante no tiene derecho a que la pensión le sea reconocida conforme al régimen especial de Congresistas, la norma aplicable a su caso es la Ley 71 de 1988 que establece la pensión por aportes al acreditar 20 años de servicios en el sector público y privado, y 60 años de edad.

Sin embargo, el tiempo de servicio cotizado por el demandante al Instituto de Seguros Sociales, 16 años, 3 meses y 25 días, es insuficiente para el reconocimiento de la pensión de que trata la Ley 71 de 1988. Lo anterior en razón a que el tiempo laborado en la Universidad Externado de Colombia no fue objeto de cotizaciones y por ende, no es útil para efectos pensionales".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Ahora bien, con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, el tiempo laborado con anterioridad a su expedición, que no había sido objeto de cotizaciones por omisión del empleador de afiliar a sus trabajadores, es computable para reunir el requisito de tiempo de servicio para acceder a la pensión de vejez.

(...)

La disposición anterior fue reglamentada por el Decreto 2633 de 1994, que establece el procedimiento para constituir en mora al empleador incumplido y el cobro por jurisdicción coactiva y por jurisdicción ordinaria de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil [artículos 561 a 568].

En este orden de ideas, la entidad administradora encargada del reconocimiento de la prestación debe adelantar el cobro de las sumas adeudadas por el empleador que haya incumplido el deber legal de recaudar las cotizaciones necesarias para cubrir el riesgo de vejez, entre otras prestaciones, dado que la obligación de afiliación y cotización a los seguros sociales se impuso desde la vigencia de la Ley 90 de 1946.

El argumento de la inexistencia de la obligación alegado por el ISS no es de recibo en este caso porque el empleador tenía la obligación legal de realizar la totalidad de las cotizaciones de sus trabajadores a los Seguros Sociales con el fin de reunir los recursos necesarios para el pago de la prestación. La omisión no puede generar consecuencias negativas para el trabajador que tiene la expectativa legítima de reunir el tiempo de servicio requerido para acceder a la pensión de vejez computando las semanas laboradas no cotizadas, dado que ello implicaría el desconocimiento del derecho a la seguridad social que erige el Sistema General de Pensiones.

Así, con la expedición del Sistema General de Seguridad Social que desarrolló el artículo 48 Constitucional, el acceso a la pensión de vejez de quienes se encuentran en la situación descrita, debe ser resuelto conforme a los principios y derechos que instituyen el Estado Social de Derecho como son la igualdad, la seguridad social y el mínimo vital, máxime si se tiene en cuenta que antes de su vigencia, existía la obligación de cotizar a los seguros sociales.

(...)

Establecido lo anterior resulta evidente que los argumentos expuestos por la Universidad Externado de Colombia en el recurso de apelación no son de recibo porque el hecho de que la pensión no se hubiera causado mientras estuvo vigente el vínculo laboral no exime al empleador incumplido del pago de las cotizaciones dado que la obligación de recaudar los recursos para financiar la prestación pensional se impuso desde la expedición de la Ley 90 de 1946.

Además, desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es posible computar para pensión el tiempo laborado que no había sido objeto de cotizaciones por omisión del empleador de afiliar a sus trabajadores con anterioridad a la vigencia del Sistema, por expresa disposición del artículo 33 *ibidem*.

El argumento según el cual se desconoció el principio de irretroactividad de la ley por aplicar normas expedidas con posterioridad a la terminación del vínculo laboral tampoco tiene sustento dado que el derecho pensional del actor se consolidó en vigencia de la Constitución Política de 1991 y del Sistema General de Pensiones, razón por la cual, la interpretación que gobierna el asunto debe ser la más favorable al trabajador tal como lo ordena el artículo 53 de la Carta.

Así, la declaratoria de deuda inexistente dispuesta en el artículo 74 del Decreto 2665 de 1988, resulta inaplicable en este caso porque desconoce el derecho fundamental a la seguridad social dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política dado que la consolidación del derecho pensional del actor se dio con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, que permite expresamente el computo del tiempo laborado con un empleador que omitió la afiliación de sus trabajadores a los Seguros Sociales.

Tampoco es de recibo la afirmación según la cual este proceso revivió un debate jurídico terminado en la Jurisdicción Coactiva porque se trata de procedimientos de diferente naturaleza que tienen objeto y causa disímiles. El de Jurisdicción Coactiva está encaminado a producir y hacer efectivo un título ejecutivo, y el de nulidad y restablecimiento del derecho es un proceso judicial en el que se estudia la legalidad de un acto administrativo particular para lograr el restablecimiento de un derecho lesionado; es un procedimiento declarativo que constituye el título ejecutivo.

[...]

Todo lo anterior permite concluir que el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, deberá realizar el cálculo actuarial de las semanas dejadas de cotizar por la omisión de la Universidad Externado de Colombia, conforme a lo dispuesto en el Decreto 1887 de 1994, durante el tiempo que el señor Manuel Santiago Urueta Ayola laboró como docente de esa institución educativa, estos es, del 1 de febrero de 1967 al 31 de enero de 1987, descontando las interrupciones certificadas.

En cumplimiento de esta orden judicial, y bajo las directrices expuestas, el ISS liquidará el cálculo actuarial que la Universidad Externado de Colombia deberá trasladar a esa entidad para financiar el pago de la pensión de vejez del demandante en los términos dispuestos en la ley.

Resuelto el primer problema jurídico, resulta evidente que los actos administrativos demandados, en cuanto negaron el derecho pensional por no reunir el demandante 20 años de servicio, deben ser declarados nulos por las razones expuestas y, en consecuencia, el segundo problema a resolver consiste en determinar si para la fecha de la solicitud del reconocimiento pensional (10 de junio de 2003), el señor Urueta Ayola reunía los requisitos para acceder a la prestación en los términos del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, reglamentado por los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994, que contienen el régimen pensional especial de los Congresistas extendido a los Magistrados de Altas Cortes por el Decreto 104 de 1994.

[...]

En este orden, los beneficios de la transición otorgados en el régimen especial de Congresistas son adicionales a los que ofrece el régimen de transición general dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dado que el primero, como se indicó antes, les permite acceder a la pensión en los términos del régimen especial por ostentar la calidad de Congresistas y, el segundo, garantiza las expectativas de quienes estaban próximos a pensionarse al momento del cambio legislativo permitiéndoles acceder a la prestación en los términos del régimen pensional que disfrutaban con anterioridad.

En tal sentido, los Congresistas que acrediten los requisitos de la transición podrán optar por acceder a la pensión en los términos del régimen que disfrutaban antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o por obtenerla en virtud del régimen especial de Congresistas aplicable a quienes ostentan esa calidad por el tiempo mínimo exigido en la Ley y reúnen los requisitos pensionales de edad y tiempo de servicio.

Si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1293 de 1994, que fija el campo de aplicación del régimen especial de transición, el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 se aplica a todos los Congresistas y empleados del Congreso de la República y Fonprecon, están exceptuados de su aplicación quienes, en ejercicio de esa calidad, acrediten los requisitos de la transición especial.

(...)

En conclusión, los requisitos para acceder a la pensión de jubilación bajo el régimen especial de pensiones de Congresistas son: 1. Encontrarse afiliado al Fondo de Previsión Social del Congreso, al ISS o a la Caja de Previsión que administraba el régimen de prima media antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; 2. Acreditar aportes para pensión en ejercicio de cargo no inferiores a un año; 3. Acreditar 50 años de edad las mujeres y 55 los hombres, excepto en el caso dispuesto en el parágrafo del artículo 3 del Decreto 1293 de 1994, aplicable únicamente a los Congresistas que a 20 de junio de 1994, reunían más de 20 años de servicio y por ello, pueden acceder a la prestación a los 50 años de edad; 4. Reunir 20 años de servicio continuos o discontinuos en entidades de derecho público o privado, incluido el prestado como Congresista.

(...)

La normativa citada evidencia que los Magistrados de las Altas Cortes pueden pensionarse "teniendo en cuenta los mismos factores y cuantías de los Senadores de la República y Representantes a la Cámara en los términos establecidos en las normas vigentes", previstos en los Decretos 1359 de 1993 y 1293 de 1994. Además, establecieron que los Magistrados que cumplan las condiciones establecidas en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 "podrán también pensionarse cuando reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicio señalados para los Congresistas en el parágrafo del artículo 3° del Decreto 1293 de 1994".

Así las cosas, el sistema pensional de los Magistrados no sólo se asimila al de los Congresistas en cuanto a factores y cuantías de la pensión, sino también en cuanto a requisitos.

(...)

En ese orden, se concluye que los decretos expedidos por el Presidente de la República en desarrollo de la ley marco que creó el régimen especial de pensiones para Congresistas están vigentes, salvo en los apartes declarados nulos por el Consejo de Estado en las sentencias antes citadas. Lo anterior, en razón a que la Corte Constitucional no es la competente para realizar el análisis de constitucionalidad de estos decretos; sin embargo, los vació a partir de la expedición de la sentencia C-258-13.

Así las cosas, las situaciones jurídicas consolidadas bajo los parámetros establecidos en la sentencia C-608-99, los decretos que desarrollaron el régimen especial de Congresistas dispuesto en la Ley 4 de 1992 y los establecidos en las sentencias de nulidad expedidas por esta Corporación, no configuran una "evolución contraria del derecho viviente" dado que se sustentaron en las normas vigentes aplicables al caso.

En tal virtud, las situaciones reconocidas bajo las hipótesis de los grupos 1 y 2, no son susceptibles de ser modificadas en aplicación de la sentencia C-258-13, pues ello implicaría el desconocimiento de normas vigentes que derivan de una ley marco considerada por la Corte Constitucional como "una pauta que en sí misma no quebranta principio superior alguno y, por el contrario, limita al Gobierno para que únicamente reconozca las aludidas prestaciones sobre la base de que el caso lo justifique, lo cual resulta razonable y adecuado" (C-608-99).

[...]

Así las cosas, las situaciones pensionales definidas por las autoridades administrativas y judiciales antes de la sentencia C-258-13, en aplicación de las normas que se encontraban vigentes, atendiendo los parámetros establecidos en la sentencia C-608-99 y las sentencias de nulidad de esta Corporación, no son susceptibles de reliquidación.

Las reconocidas desconociendo las normas que se encontraban vigentes, por ejemplo, las que incluyen rubros que no tienen carácter remuneratorio o que se liquidaron con sumas que no tienen relación directa y específica con la situación del Congresista individualmente considerado (C-608-99), podrán reliquidarse a través de los procedimientos a los que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia C-258-13 o por vía judicial. Las situaciones pensionales consolidadas con posterioridad a la sentencia C-258-13 están sometidas a los parámetros dispuestos por la Corte Constitucional en la parte resolutive.

[...]

Lo anterior permite concluir lo siguiente: si bien los derechos adquiridos en materia pensional no son absolutos, las limitaciones y restricciones deben sustentarse "en la vía legal adecuada", en "razones de utilidad pública o interés social" y en todo caso, deberán imponerse luego de agotar el procedimiento adecuado.

La orden dada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258-13 no cumple ninguno de los parámetros antes referidos dado que, en primer lugar, no existe fundamento constitucional o legal pues el acto legislativo 01 de 2005 no limitó o restringió derechos adquiridos en materia pensional, por el contrario, garantizó las pensiones consolidadas antes de su vigencia y, en tal virtud, dispuso que el tope de las prestaciones con cargo a recursos de naturaleza pública se aplicaría a las causadas solo a partir del 31 de julio de 2010.

Es segundo lugar, la aplicación del tope pensional ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-258-13 a todas las pensiones que excedieran los 25 salarios mínimos legales mensuales fue impuesta "sin necesidad de hacer reliquidaciones caso por caso", es decir, que la limitación o restricción del derecho adquirido no obedeció al agotamiento de un procedimiento sino que se produjo de manera imperativa, a partir del 1 de julio de 2013.

Por todo lo anterior, los parámetros establecidos tanto en la parte resolutive como en la considerativa de la sentencia C-258-13, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, ni a las causadas antes del 31 de julio de 2010 en lo que tiene que ver con el tope, en razón a que constituyen derechos adquiridos que si bien no son absolutos, solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley (Art. 48 Constitución Política)".

FUENTES: Ley 90 de 1946; Ley 100 de 1993; Artículo 17 de la Ley 4 de 1992; Decreto 1359 de 1993; Decreto 1293 de 1994; Decreto 1887 de 1994; Decreto 104 de 1994; Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2013.

DECISIÓN:

"Confírmase la sentencia de 2 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Manuel Santiago Urueta Ayola contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la Universidad Externado de Colombia, como tercero interesado.

Aclárase la sentencia de 2 de diciembre de 2010 en lo siguiente: Las expresiones "por todo concepto" y "a la fecha en que se decreta la prestación", contenidas en los artículos 17 de la Ley 4 de 1992 y 5 del Decreto 1359 de 1993, deben aplicarse conforme a lo dispuesto en la sentencia C-608-99 y el Decreto 816 de 2002, es decir, incluyendo únicamente los factores que tengan el carácter de "retribución" de los servicios y solo respecto de lo pagado "individualmente" al demandante. Los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-258-13 no son aplicables en este caso, así como tampoco el tope de 25 salarios mínimos de las mesadas pensionales, por las razones expuestas en la parte considerativa".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Estuvo encaminada a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 007515 de 11 de marzo de 2005, por medio de la cual el Gerente del Centro de Atención de Pensiones del Instituto del Seguro Social, Seccional Cundinamarca y D.C., le negó al demandante el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos del régimen especial y las pensiones ordinaria de jubilación y por aportes solicitadas de manera subsidiaria; 028325 de 5 de septiembre de 2005 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior y 1114 del 30 de junio de 2006, por medio de la cual la Vicepresidenta de Pensiones de la entidad desató el recurso de apelación confirmando los anteriores actos administrativos.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la entidad demandada a reconocerle y pagarle la "Pensión Especial de Jubilación", desde el momento en que se retiró del servicio como Consejero de Estado hasta la fecha en que se dé cumplimiento a la sentencia, incluyendo la mesada 14 y demás emolumentos a los que tenga derecho debidamente indexados, y darle cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 177 y 178 del C. C. A.

Pidió, además, "Que se declare, en igual forma, que el Instituto de Seguros Sociales podrá repetir, de ser necesario, contra la Universidad Externado de Colombia por el valor del Cálculo Actuarial que se fije en este proceso como monto de lo debido por la no afiliación de mi poderdante a esa entidad de seguridad social".

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El demandante le solicitó al Instituto de Seguros Sociales (ISS), el reconocimiento de la "Pensión Especial de Jubilación" el 10 de junio de 2003, en su condición de Magistrado de Alta Corte.

El doctor Urueta Ayola ejerció el cargo de Magistrado del Consejo de Estado desde el 1 de diciembre de 1995 hasta el 30 de noviembre de 2003.

Para la fecha en que presentó la solicitud de reconocimiento pensional acreditaba el siguiente tiempo de servicio:

- Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 3 de septiembre de 1976 al 1 de mayo de 1977
- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República del 20 de marzo de 1981 al 7 de agosto de 1982.
- Ministerio de Relaciones Exteriores del 11 de febrero de 1987 al 31 de agosto de 1993.

El tiempo anterior, sumado al laborado en calidad de Consejero de Estado, para la fecha de presentación de la solicitud arroja "un total aproximado de 17 años de servicio público".

El tiempo de servicio restante lo reúne con el prestado como Docente de Tiempo Completo en la Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Público, durante los años 1967 a 1986 "con algunas interrupciones".

[...]

Para demostrar la existencia de la relación laboral con la Universidad Externado de Colombia informó que esa institución realizó una liquidación parcial de cesantías a favor del señor Urueta Ayola el 20 de mayo de 1986 en su condición de Profesor de Tiempo Completo; documento que fue aprobado por el Ministerio del Trabajo a través de la Resolución SC-5021 de 4 de junio de 1986. Además, el apoderado de la Institución le manifestó que no tiene derecho a una eventual pensión de jubilación porque no reúne 20 años de servicio y además, los documentos que se anexaron con la solicitud de reconocimiento pensional presentada ante el ISS "fueron sustraídos por extraños"; sin embargo, el actor los recuperó y demostró la existencia de la relación laboral.

La Directora de Recursos Humanos de la Universidad Externado de Colombia, en certificación expedida el 9 de agosto de 2007, hizo constar que el señor Urueta Ayola estuvo vinculado a esa Institución desde el 1º de febrero de 1967 hasta el 31 de enero de 1987 como profesor de tiempo completo indicando las interrupciones en el ejercicio del cargo.

El actor se retiró de la Universidad Externado de Colombia en febrero de 1987 para asumir un cargo diplomático en la Santa Sede. Para esa fecha contaba con 43 años de edad, es decir, que no reunía los requisitos pensionales.

La Universidad Externado de Colombia, así como todas las demás instituciones privadas, tenía la obligación de afiliar al ISS a todos sus trabajadores desde el 1 de enero de 1967.

El ISS intentó el cobro coactivo de las sumas adeudadas por la Universidad Externado de Colombia por concepto de las cotizaciones del señor Urueta Ayola, teniendo en cuenta el cálculo actuarial de que trata el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tal efecto, le solicitó al Rector de la Institución la información relativa al tiempo de servicio prestado por el demandante [...].

Por Oficio No. 006411 de 31 de agosto de 2004, el Jefe del Departamento Nacional de Cobranzas del ISS remitió el caso a la Dirección Jurídica Seccional de Cundinamarca que, a su vez, envió la información a la Dirección Jurídica Nacional mediante Oficio DJSC-017 de 20 de septiembre de 2004.

El 20 de septiembre (sic) la Oficina de Cobro Coactivo le informó a la Directora Jurídica que no existe título ejecutivo y le solicitó devolver la documentación al Jefe del Departamento de Cartera "para que emita una certificación de liquidación de deuda".

El Jefe del Departamento Nacional de Cobranzas remitió la liquidación certificada de deuda el 7 de octubre de 2004.

El 26 de octubre de 2004, la funcionaria ejecutora que adelantó el trámite del proceso de jurisdicción coactiva citó al Representante Legal de la Universidad Externado de Colombia con el fin de notificarle el mandamiento de pago No. 375 de 26 de octubre de 2004.

Contra el mandamiento de pago, notificado el 9 de noviembre de 2004, el apoderado de la Universidad Externado de Colombia, interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación, argumentando que la obligación no es clara, expresa y exigible dado que la Universidad nunca aceptó la deuda a favor del señor Manuel Urueta Ayola".

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones y accedió a las súplicas de la demanda de la siguiente manera:

PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad de las resoluciones 07515 del 11 de marzo del 2005, 028235 del 5 de septiembre de 2005 y 114 del 30 de junio de 2006, expedidas por el Instituto de Seguros Sociales, por lo expuestos (sic) en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. Como consecuencia, se ORDENAR (sic) al Instituto de Seguros Sociales reconocer y pagar al señor Manuel Santiago Urueta Ayola identificado C.C. 17.084.213 la pensión de vejez al amparo de la Ley 4ª de 1992 y los decretos 1359 de 1993 y 104 (sic) de 1994 y 47 de 1995, en cuantía del 75% del ingreso mensual promedio, que durante el último año y por todo concepto devenguen los Congresistas en ejercicio, a la fecha en que se decreta la prestación, sin sujeción al límite de cuantía al que hace referencia el artículo 2 de la Ley 71 de 1988, decreto 510 de 2003 a partir del 29 de agosto de 1998, fecha en la que cumplió los 55 años de edad, pero con efectos fiscales a partir del 1 de diciembre de 2003. Igualmente hará los descuentos, que por aportes se deban realizar.

CUARTO. La Universidad Externado de Colombia, debe realizar los aportes por el tiempo que sirvió el actor a esa institución, los cuales debe situar al Instituto de Seguros Sociales, en título pensional, previo cálculo actuarial conforme lo dispone el decreto 1887 de 1994. El Instituto de Seguros Sociales continuará con los trámites administrativos necesarios para tal efecto.

QUINTO. El Instituto de Seguros Sociales, dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 ibídem (sic).

SEXTO. Sin condena en costas.

SÉPTIMO. Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaria de la Sección devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA:

Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 25000-23-42-000-2013-00632-01(1434-14)	FECHA: 12/09/14
PONENTE: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren [E]		ACTOR: Gladys Agudelo Ordóñez	
DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones(Colpensiones)			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la seguridad social.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Acto Legislativo 1 de 2005 y Decreto 546 de 1971.**TEMA PRINCIPAL:** Régimen pensional de los funcionarios de la Rama Judicial y de los magistrados de Altas Corporaciones de justicia.**TEMAS COMPLEMENTARIOS:** No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La **demandante** interpuso el recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia, circunscrito a la inconformidad relacionada con la limitación de la mesada pensional al tope de 25 s.m.l.m.v.

Al efecto destacó, que la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, hizo un análisis pormenorizado del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, norma que fue declarada inexecutable, dejando a salvo los regímenes especiales que no fueron demandados, entre ellos, el de la Rama Judicial.

Por manera, que si le fue reconocida la pensión de vejez conforme a lo dispuesto por el Decreto 546 de 1971 -artículo 6º-, contenido del régimen pensional de la Rama Judicial, se puede válidamente sostener, que en el presente asunto su mesada pensional no está limitada por el monto de los 25 s.m.l.m.v.

Además, como el derecho pensional se consolidó desde el 1º de noviembre de 2011 bajo el amparo del referido Decreto, el mismo no puede ser desconocido, ni por ley posterior, como lo dispone el artículo 58 Superior, ni por el referido fallo de constitucionalidad, según lo normado por el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 y por el Decreto 2067 de 1991, en virtud los cuales las sentencias proferidas por la Corte Constitucional tienen efectos hacia el futuro".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Del examen sistemático de las disposiciones reseñadas en acápite precedente infiere la Sala, como ya lo hizo en anterior oportunidad, que el régimen pensional que de manera **especial** regula a los funcionarios judiciales, incluidos los Magistrados de las Altas Cortes, es el contenido en el **Decreto 546 de 1971**, que exige para la obtención del derecho a la pensión de jubilación, en el equivalente **al 75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicio**, el cumplimiento de 55 años de edad en el caso de los hombres y de 50 años de edad en el de las mujeres, al igual que 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia del Decreto, de los cuales por lo menos 10 años lo hayan sido al servicio exclusivo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público o de ambos.

(...)

...desde la emisión de la **Ley 4ª de 1992** por virtud de su **Decreto Reglamentario 104 de 1994** y los posteriores decretos anuales de salarios emitidos por el Presidente de la República, la situación pensional de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, siempre que esté regida por esta normativa, y por comunicabilidad legal con la de los Congresistas, permite para dichos Magistrados, obtener el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, en el 75% del ingreso mensual promedio que perciba el Congresista, **incluidos como factores salariales solamente los ingresos que hayan recibido efectivamente, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales hubieren realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones, además, sujeta a un tope de 25 s.m.l.m.v. desde el 1º de julio de 2013.**

No ocurre lo mismo con los Magistrados de las Altas Corporaciones, que tengan regulada su situación pensional por lo dispuesto en el **Decreto 546 de 1971**; concretamente, aquellos que al amparo del **régimen de transición**, se rijan por sus disposiciones, pues en razón a que este Decreto, lógicamente **no es reglamentario** de la **Ley 4ª de 1992**, es dable inferir, que a estos servidores judiciales, de ninguna manera, pueden aplicársele las aludidas restricciones establecidas por la Corte Constitucional en la **Sentencia C-258 de 2013**, pues esta **decisión, encuentra restringido su objeto sólo a las pensiones congresionales con origen en la Ley 4ª de 1992 -artículo 17- y por extensión legal, a las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, según el Decreto 104 de 1994 -artículo 28-**.

(...)

Nótese, que en el régimen de transición previsto en el Decreto 546 de 1971, la historia laboral de cada uno de sus beneficiarios, es sustantivamente distinta a la de aquellos a quienes se reconocen como titulares de la comunicabilidad de regímenes establecida en el Decreto Reglamentario 104 de 1994, que unificó el tratamiento entre los Magistrados de las Altas Corporaciones y los Congresistas.

En efecto, se encuentra como primera diferencia, que el régimen del referido Decreto 104, supone una historia laboral con comienzo y desarrollo en el cargo de Magistrado de Alta Corte, por manera, que no importa su devenir antes de llegar a esa Alta Corporación. Lo anterior comporta el estudio de la situación particular de cada Magistrado, que de enmarcarse en los contornos de este decreto, implica que no encuentra variable en función de los aportes realizados con anterioridad -más de 10 años-, según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El segundo elemento diferenciador se determina, en que la operancia del régimen establecido por el Decreto 546 de 1971, supone un tiempo mínimo de cotización superior a 20 años; lapso que, en términos del principio constitucional de sostenibilidad fiscal, implica la existencia de un trípode de contribuciones por parte del empleador, del trabajador y del Estado. Contribuciones que en todo caso, se deben enmarcar dentro de un esquema de razonabilidad, de manera que, el aporte que corresponde al empleador, en respeto al derecho de los terceros al interior del proceso judicial, encuentra límite en los máximos posibles y el que le incumbe al trabajador, debe efectuarse, como producto de un requerimiento administrativo de su parte ante el empleador, que permita establecer el valor que le hace falta completar a fin de obtener el pago del monto pensional al que tiene derecho.

Y en tercer lugar se tiene, que el Decreto 104 de 1994, establece un sistema de liquidación para definir el monto del valor de la prestación pensional y no un régimen autónomo de carácter jubilatorio, que facilite identificar para diferenciar a esos determinados funcionarios del resto de los servidores públicos; de tal suerte, que las restricciones señaladas por la Sentencia C-258 de 2013, en cuanto a los alcances del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, encuentran plena explicación y vitalidad jurídica dentro del marco del Acto Legislativo 1 de 2005. Lo que no ocurre con el régimen de transición de que trata el Decreto 546 de 1971, que acompaña al servidor aunque ingrese a laborar al interior de una Alta Corporación, pues según la jurisprudencia, los regímenes de transición deben entenderse de manera integral.

(...)

De esta suerte entonces, cuando la obligación pensional en virtud del régimen de transición, encuentre su regulación en el Decreto 546 de 1971, los valores prestacionales que deban reconocerse, luego de la vigencia del referido Acto Legislativo, habrán de compensar lo relacionado con su financiación; en otras palabras, ningún pago pensional que comporte regulación a la luz del Decreto 546 de 1971 habrá de reconocerse, si no se encuentra debidamente financiado, ello, en aras de la salvaguarda de la sostenibilidad financiera de ese derecho prestacional, que implica por supuesto, la fidelidad para con el sistema.

(...)

Ahora bien, en punto a determinar, qué Magistrado de Alta Corte es beneficiario del Decreto 546 de 1971, por virtud de la habilitación a regímenes especiales subsistentes de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tomar como parámetro, la satisfacción del requisito de la edad para el 1º de abril de 1994, fecha en la que entró a regir el régimen pensional general.

De tal suerte, que si el referido Magistrado, tiene afirmado su status de transición, por cumplir la edad -35 años si es mujer o 40 años si es hombre-, resulta evidente que adquiere el status pensional, que lo habilita para ser destinatario del régimen especial de la Rama Judicial, de que trata el Decreto 546 de 1971; por lo que lógicamente, su situación pensional no se rige por el régimen general.

Como lo dispone el artículo 6º del citado Decreto, el derecho al reconocimiento pensional, lo obtiene el funcionario judicial, con el cumplimiento de la edad de 55 años si es hombre, 50 años si es mujer y 20 años de servicios, de los cuales 10 años lo sean al servicio de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público o en ambas actividades.

Significa que si de la labor desplegada durante 20 años, el funcionario no logra acumular 10 años de servicio ante la Rama Judicial o el Ministerio Público o en ambas, se debe entender, que su pensión encuentra reconocimiento al amparo de lo estipulado por el Decreto 104 de 1994, pues es claro que su artículo 28, salvo la condición de ejercer como Magistrado de una Alta Corporación de Justicia, no exige ningún otro requisito adicional, como el cumplimiento de una determinada edad o tiempo de servicio, ello en razón a que tal disposición, surge a la vida jurídica sólo como un sistema de liquidación que informa efectos jurídicos.

Entonces, como este precepto se limita a hacer extensiva la situación pensional del Congresista al Magistrado de Alta Corte, es evidente, que basta con el desempeño del cargo de Magistrado de Alta Corporación para, al amparo del Decreto 104 de 1994, lograr comunicabilidad con el *status* remuneratorio de los Legisladores, que no es otro, como antes se advirtió, que el contenido en el Decreto 1359 de 1993.

Decreto que a su turno, determina que la pensión se debe liquidar por el 75% del ingreso mensual promedio que devenguen los Congresistas en ejercicio, pero, **no** *“durante el último año”* y *“por todo concepto”*, porque en razón de la conexidad directa de sus artículos 5° y 6° –que regulan el I.B.L. y el porcentaje de la pensión–, con el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992; tales expresiones se declararon inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013, como párrafos atrás se dilucidó.

De lo que resulta, que ante la ausencia de elementos jurídicos que permitan liquidar el monto de la mesada pensional del Magistrado de Alta Corte gobernado por el Decreto 104 de 1994, se debe entonces acudir a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, que al fijar el régimen de transición impone su límite al promedio de lo devengado en los últimos 10 años, o a la integración normativa que legalmente corresponda al titular de acuerdo a la historia laboral que acredite.

Diferente al caso del Magistrado de Alta Corporación que encuentre regulada su situación por el Decreto 546 de 1971, que expresamente determina el reconocimiento de la pensión, con el 75% de la asignación más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, tal como lo señala explícitamente su artículo 6°.

FUENTES: Acto Legislativo 1 de 2005; Ley 33 de 1985; artículos 15 y 17 de la Ley 4 de 1992; Ley 100 de 1993; Decreto 546 de 1971; Decreto 1359 de 1993; Decreto 104 de 1994; Corte Constitucional, sentencia C-258 de 2013.

DECISIÓN:

“Primero. CONFÍRMASE según las razones antes expuestas la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 7 de febrero de 2014, que accedió a las pretensiones de la demanda promovida por la señora Gladys Agudelo Ordóñez contra la **Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)**.

Segundo. En consecuencia, se ordena a la **Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)**, que proceda a efectuar el reconocimiento de la pensión de vejez de la señora Gladys Agudelo Ordóñez, en el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en calidad de Magistrada de Alta Corte, con la inclusión de los factores salariales correspondientes al salario, los gastos de representación, la prima especial de servicios y la prima de navidad, efectiva a partir del 1° de noviembre de 2011 y con observancia de la limitante a la que alude el parágrafo 1° del Acto Legislativo 1 de 2005, desde el 31 de julio de 2010, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Ordénese a la **Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)**, la concreción del incidente de regulación y depuración de aportes correspondiente, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de este proveído."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Relató la actora en el acápite de hechos, que nació el 12 de abril de 1957, por lo que a la fecha de presentación de la demanda acreditó 55 años y 10 meses de edad; laboró al servicio del Estado por un total de 21 años, 6 meses y 25 días tal como consta en la resolución acusada; y, se retiró del servicio público el 1º de noviembre de 2011, cuando ejercía el cargo de Consejera de Estado.

Indicó, que el 2 de diciembre de 2011, por cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios y ser beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solicitó ante el Instituto de Seguro Social, el reconocimiento de la pensión de vejez.

Esta petición fue negada mediante la Resolución No. 10386 de 23 de marzo de 2012, con fundamento en memorando interno, que vulnera sus derechos laborales y pensionales consagrados en normas superiores, al estimar que no cumple con los requisitos de semanas cotizadas y de edad, que contempla el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Además, fundamentó la negativa, en el artículo 18 de la Ley 797 de 2003, que fue declarado inexecutable y en el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003, suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado.

Contra esta decisión interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, con amplia explicación de las normas aplicables a su situación pensional y con referencia a precedente constitucional que trata la materia, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda se hayan resuelto."

"En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Gladys Agudelo Ordóñez instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 10386 de 23 de marzo de 2012, a través de la cual se le negó el reconocimiento de la pensión de vejez y del acto administrativo ficto producto del silencio administrativo negativo, configurado por la no resolución expresa del recurso de apelación interpuesto contra el anterior acto administrativo que fue expedido por el Asesor V de la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social - Seccional Cundinamarca.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó como pretensión principal, que se condene a la parte demandada al reconocimiento de la pensión de vejez a la que tiene derecho, con fundamento en el Régimen de Pensión Especial de los Congresistas aplicable a los Magistrados de Altas Cortes por haber laborado como Consejera de Estado; conforme a la Ley 4ª de 1992, a los Decretos 1359 de 1993, 104, 314, 361 y 1293 de 1994 y al artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como **pretensión subsidiaria** requirió que se ordene a la demandada le reconozca la pensión de vejez a la que le asiste derecho, con base en el Régimen de Pensión Especial de la Rama Judicial; según el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 y el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993."

DECISIÓN:

El "Tribunal Administrativo de Cundinamarca (...) accedió a las súplicas de la demanda instaurada por la señora Gladys Agudelo Ordóñez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la actuación administrativa por medio de la cual le fue negado el reconocimiento de la pensión de vejez."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 25000-23-25-000-2010-00725-01 [1046-2013]	FECHA: 12/02/2015
PONENTE: Gerardo Arenas Monsalve		ACTOR: Ómar Bedoya	
DEMANDADO: Distrito de Bogotá - Secretaría de Gobierno - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la seguridad social.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Decreto 1042 de 1978.**TEMA PRINCIPAL:** Régimen laboral del Cuerpo de Bomberos**TEMAS COMPLEMENTARIOS:** Jornada laboral de los empleados públicos.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Contra el anterior pronunciamiento la parte demandada interpuso recurso de apelación sustentado en los argumentos que a continuación se resumen (fs. 582 a 597):

Sostuvo que el Cuerpo de Bomberos de Bogotá, debido a la necesidad de función permanente, se rige por un sistema especial mixto –por turnos–, reconocido por el ordenamiento jurídico que para el caso son los Decretos 388 de 1951 y parágrafo del artículo 131 del Decreto 991 de 1974, al disponer que la prestación del servicio bomberil debe ser permanente y por ende, se debe prestar el servicio en forma especial; en este sentido, indicó que el Tribunal incurrió en un error de interpretación al considerar que la norma aplicable era el Decreto 1042 de 1978.

Expuso que no existe violación del derecho a la igualdad porque este se predica entre iguales y no entre personas con situaciones jurídicas diferentes, pues el personal de Bomberos cuenta con un régimen de aportes especiales para riesgos profesionales, que asciende al porcentaje del 6.96%, el cual es asumido por la entidad. Además, tiene una prima de riesgo especial, en razón a la actividad que desarrolla.

Afirmó que al personal Operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos no le es aplicable el artículo 33 del Decreto No. 1042 de 1978, toda vez que esa función es esencial y los Bomberos en comparación con otros empleados del nivel asistencial y técnico cuentan con prerrogativas que les generan una situación beneficiosa.

Manifestó que el Alcalde Distrital, a través del Decreto 991 de 1974, reglamentó que el personal de Bomberos de Bogotá no tiene horario. Además, en virtud de las facultades concedidas por el Gobierno Nacional a través del artículo 1 transitorio de la Constitución Política, el Distrito Capital de Bogotá, tiene un régimen especial en materia fiscal, administrativa y política. Por lo anterior, el Concejo de Bogotá, mediante el Acuerdo 3 de 1999, reguló las horas extras. Lo anterior significa que no es aplicable el Decreto No. 1042 de 1978, pues el régimen de empleados públicos de Bogotá, goza de plena autonomía.

Indicó que el Decreto 388 de 1951, por medio del cual se estableció el reglamento de Bomberos, en sus artículos 85, 102 y 104, reglamentó en forma especial la actividad del Cuerpo de Bomberos del Distrito Capital. Con posterioridad a este Decreto, no se ha expedido norma de la misma naturaleza (especial), que lo haya modificado o derogado, expresa o tácitamente, por lo cual, mantiene su vigencia, pues aunque posteriormente se expidió el Decreto 991 de 1974, por medio del cual se efectuó el Estatuto de Personal para el Distrito Especial de Bogotá, que en su artículo 131 reglamentó la jornada laboral para los empleados distritales, expresamente excluyó a los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos.

Por último, sostuvo que al dar aplicación al precedente jurisprudencial, se afectan los derechos de los trabajadores pues se ha pagado más con la actual forma de liquidar, toda vez que el número de horas extras tiene un límite de cincuenta (50) horas según el Decreto 1042 de 1978, y conforme a los términos de la sentencia debe efectuarse los descuentos de los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas, lo cual no arroja suma a reconocer sino un saldo en contra del funcionario como se evidencia de la liquidación anexa, violando el principio de favorabilidad del demandante".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"De acuerdo con la tesis adoptada de antaño por la Sección, el régimen que gobierna la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial es el contenido en el Decreto 1042 de 1978. (...) De lo anterior, es claro entonces, que el régimen que gobierna a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien, dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 2° de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas no solamente en él, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y las leyes 13 de 1984 y 61 de 1987. La extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con el artículo 3° de esta misma ley y posteriormente por la Ley 909 de 2004.

(...)

Dicha postura no desconoce que las labores realizadas por los bomberos implican una disponibilidad permanente por lo que es razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria de trabajo sino a una jornada especial. Sin embargo, precisa la Sala que tal jornada especial ha de ser regulada por el jefe del respectivo organismo, mediante la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a dicha jornada máxima legal excepcional, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales, es decir, dentro de los límites allí previstos, y observando la forma de remuneración establecida para las jornadas mixtas y el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno, en dominicales y festivos.

[...]

A falta de regulación especial sobre la jornada laboral de los bomberos y su remuneración, reitera la Sala que regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se desprende del referido Decreto 1042 de 1978, *debiéndose remunerar el trabajo suplementario* para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, del personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá.

En este orden de ideas, para la Sala no cabe duda que debe aplicarse lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la jornada laboral y la liquidación del tiempo trabajado en jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo, según la naturaleza de la función, y no el Decreto 388 de 1951 por el cual se estableció el reglamento del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, por las siguientes razones:

(i) Porque la norma de carácter territorial no se ocupó de regular lo pertinente a la forma de remuneración de la jornada laboral especial para los miembros del Cuerpo de Bomberos de Bogotá y en esos casos la jurisprudencia de la Corporación ha establecido que ante la ausencia de una regulación sobre la jornada especial debe darse aplicación al Decreto 1042 de 1978.

(ii) Porque al expedirse el Decreto 1042 de 1978, la norma de carácter territorial contenida en el Decreto 388 de 1951 que establecía 24 horas de labor para el personal de bomberos quedó tácitamente derogada por contravenir la jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 y también el límite máximo legal de 66 horas semanales, que valga la pena aclarar, sólo fue previsto para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la cual no participa la actividad bomberil. En este orden de ideas, es claro para la Sala que la jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y como tal tiene un límite inquebrantable del cual no puede apartarse el jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo al tenor de la referida disposición.

Aunado a ello, la Sala destaca que para la fecha de vinculación del actor -15 de mayo de 2000- se encontraba vigente el Decreto 1042 de 1978 por lo tanto le era aplicable la jornada laboral allí prevista, en consideración a su calidad de empleado público del Cuerpo de Bomberos de Bogotá.

Insiste la Sala en que el establecimiento de una jornada especial de trabajo por el jefe del respectivo organismo implica la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción dada la naturaleza y características en que debe desarrollarse determinada labor, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a una jornada máxima legal excepcional, la cual, en todo caso, debe atender los parámetros de remuneración establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales, es decir, dentro de los límites allí previstos, y teniendo en cuenta

la forma de remunerar el trabajo desarrollado en jornadas mixtas, el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno y en días de descanso, no obstante, como se dejó expuesto, el Decreto 388 de 1951 no se ocupó de regular la jornada especial del cuerpo de bomberos en las condiciones indicadas.

(...)

En estas condiciones, la Sala reitera el criterio jurisprudencial expresado por la Sección al señalar que a falta de regulación especial sobre la jornada laboral de los bomberos, regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se desprende del referido Decreto 1042 de 1978, debiéndose remunerar el trabajo suplementario para no lesionar derechos del empleado expuesto a dicha actividad como la justa remuneración de su labor por trabajar en jornadas que superan la ordinaria.

Lo anterior, es apenas razonable por criterios de igualdad y proporcionalidad, ya que si la jornada ordinaria máxima legal -de 44 horas-, aumenta por necesidades del servicio, es consecuente que el salario también lo haga, ya que no sería justo para quien cumple una jornada excepcional que supera la ordinaria, que su salario sea igual al de un empleado que labora 44 horas a la semana.

Por la circunstancia anterior, la determinación de una jornada laboral superior a la máxima legal debe asegurar la justa y proporcional remuneración salarial del tiempo suplementario, es decir, de la labor desarrollada en exceso de la jornada legal de 44 horas semanales.

(...)

De lo anterior se tiene que si el actor trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y si la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces el actor laboró 170 horas adicionales a la jornada ordinaria, es decir, tiempo extra, de las cuales sólo se pueden pagar en dinero *50 horas extras al mes*, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. Dicha norma establece que no se pagarán más de 50 horas extras al mes y que las horas extras laboradas que excedan el tope señalado, se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un (1) día hábil por cada 8 horas de trabajo.

(...)

Al respecto, la Sala aclara que al tenor del artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, el recargo nocturno equivale a un 35% del valor de la hora ordinaria la cual se determina con sujeción a la asignación básica que corresponde a la jornada de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 ibidem, jornada que equivale a 190 horas mensuales y no 240.

(...)

En cuanto a la reliquidación de los demás factores y prestaciones sociales, tales como la prima de servicios, vacaciones y prima de navidad, precisa la Sala que las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas, al tenor de lo previsto en el artículo 59 del Decreto 1042 de 1978, y artículos 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978, razón por la cual la Sala procederá a revocar la decisión apelada que ordenó tal reconocimiento".

FUENTES: Decreto 388 de 1951; Decreto 1042 de 1978; Decreto 1045 de 1978; Decreto-Ley 10 de 1989; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008, Rad.: 1022-06, C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 28 de enero de 2010, Rad.: 1018-06, C. P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

DECISIÓN:

"PRIMERO: CONFÍRMASE los numerales primero, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo de la sentencia de 28 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por Ómar Bedoya contra el Distrito Capital - Secretaría de Gobierno - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

SEGUNDO: MODIFÍCASE el numeral segundo de la sentencia de 28 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Ómar Bedoya contra el Distrito Capital - Secretaría de Gobierno - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, el cual quedará así:

"SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad del oficio 20093330462951 de 4 de diciembre de 2009, Resolución No. 132 de 05 de febrero de 2010, suscritos por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital, y de los oficios OAJ-1892-2009 de 16 de diciembre de 2009, en el aparte pertinente que afectó al actor (numeral 16), con su anexo respectivo y OAJ-2010-427 de 18 de febrero de 2010, radicado 2010-EE892, por las razones expuestas en la parte motiva.

En consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, CONDÉNASE al Distrito de Bogotá - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, a reconocer y pagar al señor Ómar Bedoya, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.009.085 de Bogotá, los siguientes derechos laborales:

- a) El valor correspondiente a *cincuenta horas (50) extras diurnas al mes*, desde el 27 de noviembre de 2006, con fundamento en los artículos 36 a 38 del Decreto 1042 de 1978, acorde con la prueba documental allegada al proceso, liquidadas con base en el factor hora que resulte de dividir la asignación básica mensual sobre el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral (190).
- b) Reajustar los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos laborados por el actor desde el 27 de noviembre de 2006, empleando para el cálculo de los mismos el factor de 190 horas mensuales, que corresponden a la jornada ordinaria laboral, y no 240, y pagar las diferencias que resulten a favor del demandante, entre lo pagado por el Distrito y lo que debió pagarse por tales conceptos como resultado del reajuste.
- c) Reliquidar el valor de las cesantías reconocidas y pagadas al actor a partir del 27 de noviembre de 2006 con el valor que surja por concepto de las horas extras cuyo reconocimiento se ordena.
- d) No se reconocen los descansos compensatorios, por encontrarse debidamente acreditado su pago y disfrute conforme a las pruebas allegadas al proceso y tampoco la reliquidación de las prima de servicios, vacaciones y navidad, por cuanto el trabajo suplementario no constituye factor salarial para su liquidación.

Las sumas resultantes de la condena a favor del demandante se actualizarán, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = \frac{RH \text{ Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha en la cual se causó el derecho.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos".

TERCERO: RECONÓCESE personería al abogado Juan Carlos Buitrago Cadavid, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.689.474 de Bogotá, y portador de la tarjeta profesional No. 110519 del C. S. J., para actuar en representación de la entidad demandada, en los términos del escrito de sustitución del poder visible al folio 667 del expediente."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"El señor Ómar Bedoya, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los siguientes actos:

a).- Oficio No. 20093330462951 de 04 de diciembre de 2009, suscrito por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital (notificado el 15 de diciembre de 2009), mediante el cual resolvió la petición de 27 de noviembre de 2009 elevada por el actor y negó el reconocimiento y pago de horas extras, descansos compensatorios, reliquidación de recargos nocturnos, recargos festivos diurnos y nocturnos y la reliquidación de los factores salariales y prestacionales, durante el año 2006.

b).- Resolución 132 de 5 de febrero de 2010, notificada el 12 de febrero de 2010, proferida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición, confirmando la decisión que negó el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, por considerar que los recargos y compensatorios fueron cancelados al actor de acuerdo a la jornada mixta por turnos, siguiendo los lineamientos del artículo 35 del Decreto 1042 de 1978.

c).- Y la nulidad parcial de los Oficios OAJ-1892-2009 del 16 de diciembre de 2009, con su anexo respectivo, suscrito por la Jefe de la Oficina Jurídica de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá y OAJ-2010-427 de 18 de febrero de 2010, en cuanto negaron al actor la petición de reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, compensatorios y trabajo habitual en dominicales y festivos elevada el 30 de noviembre de 2009.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene al Distrito de Bogotá – Secretaría de Gobierno - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, a reconocer y pagar los siguientes conceptos:

a) El valor de 50 horas extras diurnas en días ordinarios, laboradas en exceso de la jornada máxima laboral de 44 horas semanales, conforme a lo previsto en los artículos 33 y 36 del Decreto 1042 de 1978, a partir del 26 de noviembre de 2006 en adelante.

- b) Quince (15) días de descanso compensatorio al mes por cada 8 horas extras laboradas en exceso al tope legal, conforme lo consagra el literal d) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978.
- c) Los descansos compensatorios previstos en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, en concordancia con el literal e) del artículo 36 ibídem por haber laborado habitualmente en días dominicales y festivos.
- d) La reliquidación de los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos atendiendo la jornada máxima legal establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.
- e) La reliquidación de la prima de servicio, vacaciones, prima de navidad y cesantías con la inclusión de las horas extras, recargos y compensatorios que se reconozcan.

Igualmente, solicitó la indexación de la condena, el pago de los intereses y el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C. C. A.

Basó su *petitum* en los siguientes hechos:

El actor ingresó a laborar como Bombero del Distrito de Bogotá el 15 de mayo de 2000, mediante nombramiento efectuado por Resolución No. 0441 de 09 de mayo de 2000 proferida por el Secretario de Gobierno Distrital; actualmente desempeña el cargo de Bombero Código 475 grado 15 en la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

La asignación mensual percibida entre el 1° de enero y el 8 de noviembre de 2007 fue de \$897.649, entre el 9 de noviembre y el 31 de diciembre de 2007 fue de \$977.552; del 1° de enero al 31 de diciembre de 2008 devengó \$1.036.206, y del 1° de enero de 2009 a la fecha de la certificación, la suma de \$1.119.828.

Relata que laboró por el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, debido a que el servicio prestado es un servicio público esencial de conformidad con lo dispuesto en la Ley 322 de 1996, sin recibir el pago de horas extras.

Afirma que el ente demandado ha venido cancelando los recargos nocturnos ordinarios de 35% entre lunes y sábado de 6 p.m. a 6 a.m. del día siguiente, con un sistema de cálculo que involucra la asignación básica mensual sobre 240 horas por el valor del recargo y el número de horas laboradas, resultando perjudicado en su patrimonio, toda vez que el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 establece que la asignación básica mensual corresponde a jornadas de 44 horas semanales.

La misma operación matemática se utilizó para pagar los recargos festivos diurnos y nocturnos, pues las 240 horas mensuales se dividieron por el porcentaje aplicable y se multiplicaron por las horas laborales diurnas o nocturnas.

Sostiene que solicitó a la entidad demandada mediante escrito radicado el 27 de noviembre de 2009, la liquidación y pago de las horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos adeudados, y la reliquidación de sus prestaciones.

El ente demandado, mediante oficio 20093330462951 de 04 de diciembre de 2009, negó la solicitud anterior fundamentada en la interpretación de los artículos 33 a 35 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, por considerar que los turnos del personal uniformado del Cuerpo Oficial de Bomberos, de 24 horas de labor por 24 de descanso remunerado, incluían horas diurnas y nocturnas, correspondiendo a una jornada mixta por turnos que no generaba el reconocimiento y pago de horas extras, respecto a los compensatorios, sostuvo que eran optativos y se remuneraban con el recargo y en el caso de los festivos, manifestó que fueron debidamente remunerados.

Indica el actor que hasta la fecha no se ha expedido una reglamentación legal sobre el sistema de trabajo por turnos para los empleados públicos, razón por la cual se debe reconocer al personal uniformado de bomberos lo consagrado en los artículos 33, 34, 36, 37 y 39 del Decreto 1042 de 1978, como lo ha venido estableciendo la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Contra la decisión anterior, interpuso recurso de reposición que fue resuelto mediante Resolución 132 de 5 de febrero de 2010, proferida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno, mediante la cual se confirmó la negativa de la reclamación laboral y se declaró agotada la vía gubernativa.

El 30 de noviembre de 2009 radicó reclamación laboral dirigida a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, para solicitar la liquidación y pago de las horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos adeudados, y la reliquidación de sus prestaciones, la cual fue negada por la entidad.

Mediante oficio OAJ-1982-2009 de 16 de diciembre de 2009, la Jefe de Oficina Asesora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá negó la reclamación con similares argumentos a los expuestos por la Secretaria de Gobierno.

Expresa que radicó recurso de reposición y en subsidio apelación contra el oficio anterior, el cual fue resuelto mediante oficio OAJ-2010-427 de 18 de febrero de 2010 negando de plano la reclamación laboral.

Afirma que tiene la condición de empleado público territorial y presta sus servicios mediante una relación legal y reglamentaria con en el Distrito Capital – Secretaría de Gobierno – Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, laborando en turnos alternativos y consecutivos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, de tal manera que mensualmente trabaja 15 turnos de 24 horas, lo cual equivale a 360 horas de trabajo mensuales. Como los turnos son sucesivos y el personal se encuentra dividido en dos grupos, alternan una semana de 96 horas de trabajo y la siguiente de 72 horas.

Expresa que en calidad de empleado público territorial tiene derecho a recibir la remuneración salarial correspondiente, teniendo como jornada máxima legal 44 horas laborales semanales, equivalentes a 190 horas mensuales, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1042 de 1978, por lo tanto, como ha laborado por el sistema de turnos superando la jornada legal, le asiste el derecho a la remuneración proporcional del tiempo suplementario laborado."

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 28 de junio de 2012, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que el demandante laboró turnos de 24 horas de servicio por 24 horas de descanso remunerado, según lo dispuesto en el Decreto 388 de 1951, superando la jornada ordinaria de trabajo, por lo cual tiene derecho al reconocimiento del trabajo suplementario.

Consideró que no le asiste razón a la entidad demandada al afirmar que la liquidación del tiempo suplementario que venía realizando a favor del actor es más beneficiosa porque el Decreto 1042 de 1978 establece el derecho a recibir el pago de horas extras, y compensatorios por el trabajo habitual en domingos y festivos, sin perjuicio de la remuneración básica por laborar el mes completo, lo que evidencia

un mayor valor en la liquidación, además el hecho de que el Decreto 2090 de 2003 previera un régimen especial de pensiones para el referido personal, atendiendo la actividad de riesgo que desarrollan, en forma alguna constituye un argumento para afectar el principio de no regresividad respecto de las conquistas laborales en relación a las demás prestaciones que gozan los servidores públicos.

Concluyó que los recargos recibidos por el actor no se ajustan a los parámetros del Decreto 1042 de 1978, lo cual incide en la liquidación de las demás prestaciones, razón por la cual declaró la nulidad de los actos demandados y ordenó el restablecimiento del derecho, ordenando el reconocimiento de las horas extras, los recargos nocturnos, compensatorios, trabajo en dominicales y festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales, con fundamento en los artículos 33, 35, 36 y 39 del referido decreto, deduciendo los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador, y el pago de la diferencia que surja entre los valores cancelados por el sistema que venía aplicando la entidad demandada y la orden impartida."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 25000234200020 1200269-01(3856-2013)	FECHA: 09/04/2015
PONENTE: Alfonso Vargas Rincón (E)		ACTOR: Ramón Amado Torres	
DEMANDADO: Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal en Liquidación), hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la seguridad social.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Ley 100 de 1993; Ley 33 de 1985; Decreto 546 de 1971; Decreto 717 de 1978.

TEMA PRINCIPAL: Régimen pensional especial de la Rama Judicial.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Liquidación pensional.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal en Liquidación) hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), a través de apoderado impugnó la anterior decisión y solicitó revocarla para que en su lugar, se nieguen las súplicas de la demanda.

Insistió en que no es posible reconocer la pensión de vejez solicitada por el demandante, porque no está en consonancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 546 de 1971, dado que el régimen aplicable es el contenido en los artículos 33 y 34 de la precitada ley, que dispone como requisito para acceder a la pensión de jubilación, la edad de 60 años, lo cual no fue acreditado en el presente caso".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, en materia de pensiones de jubilación regía la Ley 33 de 1985, la cual en el artículo 1° señaló la regla general para acceder a la pensión de jubilación aplicable a todos los empleados oficiales y en el inciso segundo la misma disposición prescribió que no quedaban sujetos a la regla general en ella establecida, los empleados oficiales que trabajarán en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción, ni aquellos que por ley disfrutaron de un régimen especial de pensiones.

El Decreto 546 de 1971, estableció el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, en su artículo 6 estableció el régimen de pensiones con el siguiente tenor literal:

"[...] Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas. Esta norma constituye un régimen especial. [...]"

La especialidad del régimen se traduce en que la pensión se liquida con el 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios, siempre y cuando el funcionario cumpla por lo menos diez (10) años de servicio en las citadas entidades, aspecto que en este proceso no se discute.

Liquidación Pensional

En reiterados pronunciamientos la Sala ha expresado que el concepto asignación o salario para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial a quienes los cobijan las previsiones del Decreto Ley 546 de 1971, lo constituyen los factores consignados en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, con el siguiente tenor literal:

"Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los gastos de representación;
- b) La prima de antigüedad;
- c) El auxilio de transporte,
- d) La prima de capacitación;
- e) La prima ascensional;
- f) La prima semestral;
- g) Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio".

El mencionado Decreto señala algunos factores de salario, no obstante, debe tenerse en cuenta que también consagra una regla general: además de la asignación mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios.

Al respecto la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 28 de octubre de 1993, expediente No. 5244, M. P. Dra. Dolly Pedraza de Arenas, concluyó lo siguiente:

"[...] El artículo 12 del Decreto 717 de 1978 señala algunos factores de salario para la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público, pero establece un principio general; que además 'de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios' de manera que los factores allí señalados no pueden tomarse como una relación taxativa, pues de hacerlo quedaría sin significación el principio general.

Entonces, 'la asignación mensual más elevada' para efecto de determinar la base de la pensión de jubilación al régimen salarial de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, incluye la asignación básica mensual fijada por la ley para el empleo y todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos claro está, que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. [...]"

En el presente caso, se observa que el actor acreditó haber prestado sus servicios a la Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación por 22 años, 3 meses, y 2 días, siendo el último cargo desempeñado el de Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito; y que nació el 5 de junio de 1955, por tanto, cumplió los 55 años el 5 de junio de 2010.

Es decir, que contrario a lo afirmado por la entidad demandada, el señor Ramón Amado Torres, para el 1° de abril de 1994, acreditó haber prestado sus servicios a la Rama Judicial por 15 años, 4 meses, y 21 días, haciéndose beneficiario del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; en consecuencia se le deberá dar aplicación al Régimen Especial establecido en el Decreto 546 de 1971, para el reconocimiento pensional.

Para determinar la base de la pensión de jubilación en el régimen salarial de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, se debe tener en cuenta la asignación más elevada devengada durante el último año de servicio (artículo 6° del Decreto 546 de 1971), precisando como lo hizo el Tribunal que se deberá actualizar la primera mesada pensional desde el momento en que fue retirado.

Por lo anterior, comparte la decisión de primera instancia en cuanto el Tribunal accedió a las súplicas de la demanda y a título de restablecimiento del derecho le ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), hoy Unidad Administrativa Especial de gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) reconocer y pagar la pensión de jubilación al demandante, tomando como base el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado durante el último año de servicio en la Fiscalía General de la Nación, en la cual se le incluyan todas las sumas que habitual y periódicamente recibió como retribución de sus servicios.

No obstante lo anterior, se precisa que se modificará en cuanto a la fecha a partir de la cual debe efectuarse el reconocimiento y pago de la pensión en consideración a que el Tribunal ordenó que se hiciera efectivo a partir del 5 de junio de 2005, fecha en que cumplió los 55 años de edad (como lo exige el Decreto 546 de 1971), cuando en realidad los cumplió el 5 de junio de 2010, toda vez que según el documento allegado al proceso, está comprobado que nació el 5 de junio de 1955, apreciación que además está en consonancia con las súplicas de la demanda.

Se precisa que la decisión en este sentido no vulnera el principio de la *"no reformatio in pejus"* puesto que si bien este aspecto no fue objeto de apelación por la parte demandada, la Sala no puede pasar por inadvertido este aspecto, dado que las pretensiones de la demanda y lo probado en el proceso así lo imponen".

FUENTES: Ley 33 de 1985; Ley 100 de 1993; Decreto 546 de 1971; Decreto 717 de 1978; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 28 de octubre de 1993, Rad.: 5244, C. P.: Dolly Pedraza de Arenas.

DECISIÓN:

"CONFÍRMASE la sentencia de 29 de mayo de 2013, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección 'A' que accedió a las súplicas de la demanda incoada por el señor Ramón Amado Torres contra la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal en Liquidación), hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

MODIFÍCASE la decisión de primera instancia en el sentido de precisar que el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación será a partir de 5 de junio de 2010, fecha en que cumplió los cincuenta y cinco (55) años de edad, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia y las pruebas allegas al proceso".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"El señor Ramón Amado Torres, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 138 del CPACA, solicitó la nulidad de las Resoluciones Nos. PAP-057283 y UGM-034793 de 10 de junio de 2011 y 23 de febrero de 2012, respectivamente, mediante las cuales el Gerente Liquidador de la Caja Nacional de Previsión Social, le negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por no tener 60 años de edad en aplicación de la de la Ley 100 de 1993.

A título de restablecimiento del derecho solicitó ordenarle a la demandada le reconozca y pague la pensión de jubilación de conformidad con el Decreto 546 de 1971 efectiva a partir de 5 de junio de 2010, en cuantía equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada devengada durante el último año de servicio; dando cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 189, 192, 194 y 195 del CPACA; que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada conforme el artículo 171 ibídem.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El actor nació el 5 de junio de 1955 y para el momento de presentación de la demanda contaba con 57 años de edad, habiendo prestado sus servicios como Juez y Fiscal de la República, por un periodo superior a 20 años.

El 3 de febrero de 2011 presentó ante Cajanal derecho de petición para que le fuera reconocida la pensión de jubilación, siendo negada mediante la Resolución No. PAP-057283 de 10 de junio de 2011, argumentando que: "[...] Toda vez que el peticionario no se encuentra en el Régimen de Transición establecido en la Ley 100 de 1993, no es posible el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, por cuanto el artículo 33 de dicha ley, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, establece que para que el señor Ramón Amado Torres adquiera el derecho a la pensión debe tener 60 años de edad, y tal requisito no se reúne. [...]".

Contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición, señalando que lo amparaba el régimen de transición, y por tanto, le era aplicable el Decreto 546 de 1971; empero fue resuelto negativamente mediante Resolución No. UGM-034793 de 23 de febrero de 2012.

Advierte que la demanda va dirigida en contra de la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación, hoy día Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)".

DECISIÓN:

"El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección 'A', mediante sentencia de 29 de mayo de 2013 proferida dentro de la Audiencia Inicial, accedió a las súplicas de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

En el sub lite está probado que el actor para el 1° de abril de 1994, era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia le asiste el derecho a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, en los términos del Decreto 546 de 1971, puesto que trabajó desde el 1° de julio de 1978 al 21 de marzo de 2000, cumpliendo 20 años de servicio el 1° de julio de 1998 y 55 años de edad el 5 de junio de 2005, fecha en que adquirió su estatus pensional.

Por lo anterior, el actor tiene derecho a la pensión de jubilación, reliquidada con base en la asignación más alta que hubiera percibido durante el último año de servicios, y ordenó actualizar la primera mesada desde el momento en que fue retirado, esto es, desde el año 2003.

No condenó en costas a la parte vencida".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

Ficha
No. 8

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 25000234200020 1200269-01(3856-2013)	FECHA: 24/09/2015
PONENTE: Luis Rafael Vergara Quintero		ACTOR: José Ferney Paz Quintero	
DEMANDADO: Instituto de Seguros Sociales (ISS)			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la seguridad social.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Artículo 36 de la Ley 100 de 1993; artículo 6 del Decreto 546 de 1971.**TEMA PRINCIPAL:** Liquidación de la pensión de jubilación a funcionarios de la Rama Judicial.**TEMAS COMPLEMENTARIOS:** Régimen de transición: pensión por aportes.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Dentro de la misma audiencia inicial, la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación, que fundamentó en que el artículo 6° del Decreto 546 de 1971 consagró el derecho al reconocimiento pensional en los términos reclamados y como el demandante cumplió en su integridad los requisitos allí contemplados, que consisten en haber acreditado por lo menos 10 años de servicio en la Rama Judicial y como la ley no exige que los 20 años de servicio sean exclusivamente en el sector público y así lo ha considerado la Corte Constitucional, es procedente el reconocimiento pensional con base en el salario más alto devengado en el último año de servicios, conforme al régimen especial que lo cobija.

Solicita tener en cuenta que al 1° de abril de 1994 el demandante estaba vinculado a la Rama Judicial y tenía 44 años de edad, por lo tanto estaba en régimen de transición y por ello su pensión de jubilación se debe reconocer en los términos de dicha disposición que le es más favorable".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"En torno a la posibilidad de computar tiempos de servicio públicos y privados, con miras a acreditar los requisitos para acceder a la pensión de jubilación dentro del régimen especial de la rama judicial, esta Corporación ha considerado lo siguiente:

"De lo anterior se deduce que la actora efectuó aportes en virtud de vinculaciones de carácter público y privado, teniendo en cuenta, además, que el tiempo laborado en entidades públicas no es igual o superior a 20 años.

[...]

No obstante, la demandante invocó la aplicación del Decreto 546 de 1971, por el cual se estableció un régimen especial a favor de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, disponiendo que la liquidación de la pensión de jubilación se haría en la forma ordinaria establecida para los empleados de la Rama Administrativa del Poder Público, salvo que hubieren prestado sus servicios por lo menos 10 años en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público o en ambas.

[...]

Sin embargo, esta normatividad implícitamente consagra como requisito para el reconocimiento pensional que los 20 años hayan sido laborados en el sector público, toda vez que para la época en que fue expedida no era posible computar los tiempos prestados al servicio de entidades públicas y de empleadores privados, pues esta posibilidad se previó por primera vez con la expedición de la Ley 71 de 1988, la cual, se evidencia es posterior al régimen especial en comento.

[...]

Obsérvese que en las precitadas normas se prevé que en caso de que el empleado de la rama judicial y/o del Ministerio Público no acredite los 10 años de servicio en una o ambas instituciones, tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos que se reconoce a los demás empleados de la Rama Ejecutiva del Estado, lo cual supone que los servicios se hayan prestado en entidades públicas.

[...]

Entonces, del análisis de las disposiciones contenidas en el Decreto 546 de 1971 se concluye que los 20 años de servicio deben ser de orden público sin que sea posible acumular tiempos laborados en el sector privado.

[...]

Así las cosas, la actora no tenía derecho a obtener su pensión de vejez con 50 años de edad, pues las normas que invoca son de aplicación exclusiva para el personal que haya prestado sus servicios a entidades del orden oficial en la forma antes prevista; [...]" (Se resalta).

Ahora bien, sobre ese particular la Corte Constitucional ha considerado que:

"La disposición es clara y no admite discusión alguna. Sin embargo, se han presentado múltiples controversias originadas en torno a este régimen pensional especial, las cuales se han dirimido en un amplio precedente constitucional, especialmente, en cuanto a su alcance y el modo de liquidar las pensiones que conforme a él se reconocen. Al respecto se ha expuesto, que los 20 años de servicios a los que se refiere el artículo 6° del Decreto 546/71 no necesariamente deben

ser al sector público, siendo acumulable el tiempo laborado en el sector privado, toda vez que la única condición impuesta por el legislador es que de los 20 años por lo menos 10 hayan sido al Ministerio Público. Así mismo, ha dicho la Corte que el monto de la pensión corresponde al 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios, sin que sea dable al fondo de pensiones aplicar dicho porcentaje sobre una base de liquidación distinta a la anotada en el decreto, puesto que ambos componentes, base y porcentaje, son inseparables[21] (negrilla propia del texto).

De lo anterior surge que existe disparidad de criterios en torno a la aplicación de la disposición previamente trascrita, en torno al cumplimiento del requisito de tiempo de servicios para acceder a la pensión de jubilación, que amerita un pronunciamiento que unifique el criterio de la Sección Segunda de esta Corporación, con miras a resolver en forma unánime las controversias que sobre ese particular se presenten.

La tesis que sostenía la Sala, tendiente a considerar que no es viable computar tiempos públicos y privados para efecto del reconocimiento de la pensión de jubilación, en aplicación del régimen especial consagrado en el Decreto 546 de 1971, se soporta en la interpretación conjunta e integral de lo dispuesto en sus artículos 6° a 8°, motivo por el cual se sostenía que era implícita la exigencia de que el tiempo de servicio que se debía acreditar fuera público, conclusión a la que se arribó, principalmente por lo dispuesto en la parte final del artículo 8° ídem, cuyo tenor se transcribe a continuación:

"Artículo 8° Los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público que deban separarse de su cargo por cumplimiento de la edad de retiro forzoso tendrán derecho al producirse su retiro, a una pensión vitalicia de jubilación que se les liquidará o reliquidará con el 75% de la mayor asignación devengada en el último año de servicio y sin límite de cuantía, siempre que el beneficiario hubiere servido durante 20 años, continuos o discontinuos, en el servicio oficial, de los cuales los últimos 3 por lo menos, lo hayan sido en la rama jurisdiccional o en el Ministerio Público".

No obstante, analizada nuevamente dicha disposición y a la luz de la interpretación que la Corte Constitucional le ha dado a la misma; con el objeto de garantizar el principio de favorabilidad, la Sala replantea la tesis restrictiva planteada por la subsección B en la sentencia cuyo aparte se transcribió previamente, teniendo en consideración que el texto literal del artículo 6° del Decreto 546 de 1971 no exige que necesariamente los 20 años de servicio hayan sido prestados exclusivamente en el sector público, razón por la cual han de tenerse como válidos para acceder a la prestación allí ordenada, los tiempos de servicio tanto públicos como privados, siempre y cuando se acrediten los 20 años y que 10 de ellos, continuos o discontinuos, lo hayan sido al servicio de la Rama Judicial y/o el Ministerio Público.

En las anteriores condiciones, y descendiendo al caso concreto, como el demandante acreditó más de 29 de años de servicio, 10 de los cuales lo fueron al servicio de la Rama Judicial, tiene derecho a que la pensión se reconozca bajo el amparo de las normas del régimen especial.

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, la pensión de jubilación para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y del Ministerio Público debe liquidarse con base en el 75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicios".

FUENTES: Artículo 6 del Decreto 546 de 1971; Corte Constitucional, sentencias C-789 de 2002 y T- 430 de 2011; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de noviembre de 2009, Rad. 1489-2008, C. P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

DECISIÓN:

"ACÉPTASE el impedimento manifestado por la Consejera doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez y, en consecuencia, se le declara separada del conocimiento del proceso de la referencia.

REVÓCASE la sentencia emitida en audiencia inicial celebrada el 30 de abril de 2013, proferida por la Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda promovida por el señor José Ferney Paz Quintero contra el Instituto de Seguros Sociales. En su lugar se dispone:

1. DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución No. 4040 de octubre 21 de 2011 y la nulidad total de las Resoluciones Nos. 812 de febrero 10 de 2012 y 0285 de mayo 22 de 2012, mediante las cuales se reconoció la pensión de jubilación del señor José Ferney Paz Quintero y se resolvieron los recursos de reposición y apelación, respectivamente.

2. ORDÉNASE al Instituto de Seguros Sociales reconocer y pagar la pensión de jubilación del demandante José Ferney Paz Quintero, en los términos del artículo 6° del Decreto 546 de 1971, es decir, con base en el 75% de la asignación más alta recibida en el último año de servicios, en la forma y términos descritos en las consideraciones de esta providencia, a partir del momento en que adquirió el estatus de pensionados, en virtud de lo dispuesto en dicha ley, pero con efectos fiscales a partir del momento en que demostró el retiro definitivo del servicio.

3. CONDÉNASE al Instituto de Seguros Sociales a pagar al demandante las diferencias que surjan entre lo que se pagó por concepto de mesadas pensionales recibidas en virtud de la liquidación ordenada en las resoluciones anuladas y lo que debió haber pagado al hacer la liquidación de la prestación en la forma ordenada en el numeral anterior; sobre la nueva base de liquidación se aplicarán los ajustes de Ley, por cambiar la base de liquidación pensional.

4. Las diferencias a que alude el numeral anterior, deberán actualizarse en la forma descrita en el inciso final del artículo 187 del CPACA, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante desde la fecha en que tuvo derecho a la pensión en los términos descritos en la parte motiva, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

5. Dese[sic] cumplimiento a la sentencia en la forma y términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

6. Devuélvase el expediente a Tribunal de origen".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, JOSÉ FERNEY PAZ QUINTERO solicita al Tribunal declarar nulas las Resoluciones Nos. 4040 de octubre 21 de 2011, 812 de febrero 10 de 2012 y 0285 de mayo 22 del mismo año, mediante las cuales se reconoció la pensión de jubilación a su favor y se resolvieron los recursos de reposición y apelación, respectivamente, en cuanto negaron el reconocimiento y pago de la prestación de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 546 de 1971.

Como consecuencia de tal declaración pide que se ordene pagar la pensión de jubilación en un monto equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada recibida en el último año de servicios, de conformidad con lo previsto en el Decreto 546 de 1971, incluyendo como factores prestacionales no solo la asignación básica mensual sino todas las sumas que habitual y periódicamente recibió como contraprestación de su servicio y, de ser posible, liquidar la pensión en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1102 de 2012, mediante el cual se concedió a los Magistrados Auxiliares de Altas Cortes y Magistrados de Tribunales, el 80% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de Alta Corte; indexar las sumas que se adeudan, desde el día siguiente al momento en que se produjo su retiro, hasta que se dé cumplimiento a la sentencia; reconocer los intereses corrientes, moratorios y/o bancarios de conformidad con lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187 a 189, 192 incisos 2 y 3 y 195 del CPACA.

Como hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, el demandante relata los siguientes:

Los servidores de la Rama Judicial y el Ministerio Público disfrutaban de un régimen especial consagrado en el Decreto 546 de 1971, en virtud del cual se concede a su favor la pensión de jubilación al llegar a los 55 años de edad si son hombres y a los 50 años de edad si son mujeres y previo el cumplimiento de 20 años de servicios, de los cuales 10 de ellos deben haber sido prestados exclusivamente a la Rama Judicial o al Ministerio Público, dicha prestación será equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubieren devengado en el último año de servicios.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, en su artículo 36 se contempló el régimen de transición, según el cual se garantizó la aplicación del régimen anterior a quienes cumplieran los requisitos de edad o tiempo de servicio exigidos para beneficiarse del régimen transicional y como a la fecha en que entró en vigencia dicha disposición, tenía el requisito de edad necesario para que se aplicara tal beneficio, se debe aplicar, en su caso, el régimen anterior comprendido en el Decreto 546 de 1971, teniendo en cuenta que laboró por los menos 10 años continuos o discontinuos en la Rama Judicial.

Para la fecha de expedición del acto que reconoció a su favor la pensión de jubilación tenía más de 29 años de servicios, de los cuales, completó 10 años y 8 meses al servicio de la Rama Judicial, es decir, cumplió el requisito establecido en la norma de transición para ser beneficiario del régimen anterior y de la norma especial, para que su pensión se reconozca con fundamento en ella, lo que motivó la interposición de los recursos de ley contra el acto que reconoció su prestación.

Al resolver los recursos de reposición y apelación, la administración aseguró que no se había demostrado el cumplimiento del requisito de haber laborado 10 años continuos o discontinuos al servicio de la Rama Judicial, lo que hacía improcedente el reconocimiento y pago de la prestación en los términos consagrados en el régimen especial.

Lo anterior conlleva violación de los derechos a la seguridad social y viola las normas en que la administración debía fundarse para el reconocimiento pensional, pues la entidad de previsión no puede exigir un requisito que no contempla la ley, como es que todos los servicios acreditados sean como servidor público, pues dicha disposición contraría tanto el régimen de transición como la norma especial."

DECISIÓN:

"El Tribunal denegó las súplicas de la demanda.

En la audiencia correspondiente, sostuvo que el actor prestó sus servicios por más de 29 años en entidades de carácter público y privado, de los cuales 18 años fueron como empleado público y el resto como privado.

Consideró que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que los 20 años de servicio a que hace alusión el Decreto 546 de 1971 deben ser en el sector público, de conformidad con el análisis de la misma norma, atendiendo una interpretación sistemática de la misma y de acuerdo al texto preciso de los artículos 7° y 8° del referido decreto, de modo que como el actor no cumple con tal requisito, no es viable su reconocimiento, con fundamento en las normas invocadas.

Aseguró que como el tiempo de servicio acreditado por el demandante fue privado y público, el reconocimiento de su pensión de jubilación debe fundamentarse en lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 que consagra la pensión por aportes, con fundamento en la cual la reconoció la entidad demandada."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Gerardo Arenas Monsalve.

Ficha
No. 9

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-2013)	FECHA: 25/02/2016
PONENTE: Gerardo Arenas Monsalve		ACTOR: Rosa Ernestina Agudelo Rincón	
DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y la Universidad Pedagógica Nacional			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la seguridad social.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Artículo 36 de la Ley 100 de 1994.**TEMA PRINCIPAL:** Régimen de transición. Factores de liquidación pensional y el ingreso base de liquidación de la pensión de trabajadores oficiales.**TEMAS COMPLEMENTARIOS:** No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con los siguientes argumentos:

Sostuvo que la nueva interpretación efectuada por la Corte Constitucional, en la sentencia C- 258 de 2013 sobre el ingreso base de liquidación contenido en la Ley 100 de 1993 no es un *obiter dicta*, como lo expuso el Tribunal, sino que es parte de la *ratio decidendi* de dicha sentencia, la cual tiene fuerza vinculante para todas las autoridades públicas, dado que incide directamente en la decisión adoptada por la Corte Constitucional.

Manifestó que la sentencia del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010 no podría tener aplicación y extensión en el caso que nos ocupa, toda vez que la Corte Constitucional ya realizó el estudio del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y específicamente en lo atinente al inciso 3 de la misma norma, el cual se constituye en interpretación constitucional sobre la materia y que aplica para todas las personas que se encuentran en el régimen de transición.

Considera el apoderado de la demandada que la Corte Constitucional zanja lo que hasta ahora la que era una de las "discusiones jurisprudenciales" entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a lo que se debía entender por "monto" de la pensión, en tanto que el monto es uno de los beneficios del régimen anterior que respeta el régimen de transición.

Es claro para el recurrente que si el régimen de transición tal y como lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 no amplió los beneficios del régimen de transición en cuanto a ingreso base de liquidación ni factores de salario, los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para liquidar las pensiones son los consagrados en el Decreto 1158 de 1994, que establece los factores sobre los cuales se deben hacer las cotizaciones y, por lo mismo, sobre los cuales se deben liquidar las pensiones.

A su vez la Universidad Pedagógica Nacional interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, argumentando:

En la apelación sostiene que se está presentando el cobro de lo no debido por la Universidad en razón a que la parte actora fundamenta sus pretensiones en una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda el 4 de agosto de 2010, fecha para la cual había culminado la relación laboral ente la demandante y la Universidad.

Señaló en particular que la prima técnica no podía ser reconocida como factor salarial pues expresamente en el Acuerdo No. 006 de 2006 proferido por la Universidad se establece que esta prima no constituye factor salarial ni prestacional".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Así las cosas, y teniendo certeza de la vigencia del régimen de transición en el caso de autos, conforme a la Ley 100 de 1993 y al Acto Legislativo No. 1 de 2005, debe concluirse, como lo hace el texto constitucional antes transcrito, que los requisitos y beneficios de dicho régimen son los establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que a su vez se remite al régimen anterior que le era aplicable. Para la situación que ocupa la atención de la Sala, debe decirse que el régimen pensional aplicable a los empleados oficiales, antes de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 era el previsto en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1, preceptúa que el empleado oficial tendría derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes durante el último año de servicio, siempre que prestara o hubiere prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tuviera 55 años de edad; esta norma derogó el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, que disponía que la pensión sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

[...]

Señaló además la citada Ley 33 de 1985 los factores que deben servir para determinar la base de liquidación de los aportes, así:

"Artículo 3°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

Esta disposición fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que, a su vez, derogó el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, y en cuanto a factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación estableció:

“Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.

(...)

El artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6 del Decreto 691 del mismo año, enuncia los factores que se consideran salario para los fines de la cotización, es decir, el salario base para calcular las cotizaciones que mensualmente deben efectuar los servidores públicos al sistema de seguridad social en pensiones, o sea, el ingreso base de cotización (IBC). A diferencia del ingreso base de liquidación (IBL), que se conforma con el promedio de lo devengado en la forma prevista en las normas anteriores al primero de abril de 1994 que resulten aplicables al beneficiario del régimen de transición.

Bajo estos supuestos, debe decirse que el monto de la prestación pensional reconocida a la actora, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debió ser liquidado de acuerdo con las previsiones del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año.

En otras palabras, tal y como lo estimó el Tribunal, la señora Agudelo Rincón tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación que viene percibiendo conforme lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, reiterando la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Ahora bien, en punto de los factores salariales de la liquidación de la citada prestación pensional, en tesis mayoritaria de la Sala Plena de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010 1. Rad. 0112-2009. M. P. Víctor Alvarado Ardila, la Sala concluyó que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio.

En este último punto, y en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal, cabe decir, que en virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

Tal ha sido la filosofía del legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica, a partir del año de 2005, que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como también lo ha señalado la Sala.

En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013.

En efecto, la sentencia C-258 de 2013, proferida para definir la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4° de 1992, dispuso que en las pensiones cobijadas por el régimen pensional de Congresistas y asimilados a este, por tratarse de un régimen privilegiado, debían tener interpretaciones restrictivas y no amplias, en virtud del principio de sostenibilidad financiera establecido en la Constitución.

Ahora, con la sentencia SU-230 de 2015 se generalizan los criterios de una sentencia cuya motivación se basó en argumentos de desigualdad frente a la generalidad de los afiliados a la seguridad social, y se señala por parte de la Corte Constitucional que la referida sentencia C-258 de 2013 constituye "precedente" para extender la interpretación que allí se dispuso a la generalidad de las pensiones del régimen de transición, siendo que los argumentos de la sentencia de constitucionalidad se limitaban a las normas de la Ley 4° de 1992 y no a la interpretación de múltiples normas jurídicas en que se ha sustentado la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los regímenes especiales del sector público.

(...)

Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso".

Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

- 1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- 2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".
- 3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.
- 4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

- 5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicen exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad."

FUENTES: Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Artículo 36 de la Ley 100 de 1994; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010, Rad.: 0112-2009, C. P.: Víctor Alvarado Ardila; Corte Constitucional, sentencias SU-230 de 2015 y C-258 de 2013.

DECISIÓN:

"CONFÍRMASE la sentencia de 24 de septiembre de 2013, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, accedió a las súplicas de la demanda promovida por la señora Rosa Ernestina Agudelo Rincón contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"La señora Rosa Ernestina Agudelo Rincón, a través de apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitando lo siguiente:

- Que se declaré la nulidad parcial de la Resolución No. 042539 de 12 de abril de 2012, mediante la cual se efectuó la reliquidación de la pensión a la señora Rosa Ernestina Agudelo Rincón, con base en el salario percibido en los 10 últimos años de servicio, sin incluir la totalidad de los factores devengados y sin aplicar la norma más favorable, esto es, la Ley 33 de 1985.
- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 058719 de 20 de noviembre de 2012, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición y confirmó en todas sus partes la Resolución No. 042539 de 2012.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión que viene percibiendo, en un monto no inferior al 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2008, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Finalmente solicitó que se ajusten las sumas resultantes de las diversas condenas conforme a los artículos 171, 177 y 178 del C. C. A., y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C. A.

Basó su *petitum* en los siguientes hechos:

Se sostuvo en la demanda, que la señora Agudelo Rincón nació el 26 de agosto de 1950, por lo que cumplió 55 años de edad el mismo día y mes del año 2005.

Se manifestó que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la actora contaba con más 40 años de edad y 20 años de servicio, lo que lo hacía beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Bajo estos supuestos, se argumentó que, la prestación pensional a la que tenía derecho la demandante era la prevista en la Ley 33 de 1985 y, en consecuencia, su monto no podía ser inferior al 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

No obstante lo anterior, a través de la Resolución No. 56849 del 11 de diciembre de 2007, se reconoció y se ordenó el pago de una prestación pensional de jubilación, teniendo en cuenta, para establecer su ingreso base de liquidación, el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario de 10 años, esto es entre el 1 de abril de 1997 y el 30 de marzo de 2007, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y únicamente con los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994.

La demandante en sede administrativa y ante la Caja Nacional de Previsión Social, el 12 de marzo de 2010, solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación en un monto superior al 75% de acuerdo con los artículos 21, 33, 34 de la Ley 100 de 1993 por haber laborado más de 35 años en la Universidad Pedagógica Nacional o en su defecto en concordancia con el régimen de transición, aplicar la Ley 33 de 1985, es decir, con base en lo devengado en el último año de servicios y sobre la totalidad de los factores salariales, teniendo en cuenta la norma más favorable a sus intereses, conforme lo establece el artículo 288 de la Ley 100 de 1993.

Mediante la Resolución No. UGM 042539 de 12 de abril de 2012, el liquidador de la Caja Nacional de Previsión reliquidó la pensión en cuantía de \$ 2.957.708, efectiva a partir de 1 de enero de 2009, aplicando el 76.30%, sobre un ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó entre el 1 de enero de 1999 y el 30 de diciembre de 2008, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1158 de 1994.

Contra la Resolución No. UGM 042539 de 12 de abril de 2012, se interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 058719 de 20 de noviembre de 2012, confirmando la resolución recurrida".

DECISIÓN:

"El 24 de septiembre de 2013, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, profirió sentencia dentro del proceso de la referencia, accediendo a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

La Magistrada conductora del proceso resolvió las excepciones previas y aquellas de que trata el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, declarando no probadas las excepciones de caducidad, ineptitud de la demanda y falta de competencia propuestas por el apoderado judicial de la entidad demandada; declaró no probada la excepción denominada "inepto llamamiento en garantía" propuesta por la Universidad Pedagógica Nacional.

Señaló el Tribunal que en el caso concreto está demostrado que la demandante estaba cobijado por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que la pensión fue reconocida con los requisitos de edad y tiempo de servicio conforme lo establecido en la Ley 33 de 1985.

Aclaró que, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al demandante le resulta aplicable la Ley 33 de 1985 en lo relativo a requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, entendiendo que en este último se incluye el Ingreso base de liquidación pensional.

Argumentó que, en lo que tiene que ver con el ingreso base para liquidar la pensión, la norma más favorable para el demandante es la Ley 33 de 1985, dado que esta obliga a liquidar la pensión por el 75% de los factores que de forma habitual y periódica haya devengado.

Precisó que, de acuerdo con la jurisprudencia unificadora del Consejo de Estado, la liquidación de una prestación pensional en virtud a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 debe incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Frente a lo expuesto por el apoderado de la demandada en relación con la interpretación que realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 respecto a la normatividad aplicable para determinar el ingreso base de liquidación a los servidores cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el Tribunal de instancia anotó que el análisis de constitucionalidad contenido en la referida sentencia se predica del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, el cual establece el régimen de pensiones de los Congresistas, aplicable a los Magistrados de Altas Cortes y Delegados del Ministerio Público ante estas Corporaciones. Concluyó el Tribunal que, en consecuencia, la parte motiva de ese fallo de constitucionalidad no se extiende a los regímenes pensionales regulados en otras normas.

Adicionalmente indicó el *a quo* que el tema del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en su sentir se constituye en un *obiter dicta* de la sentencia C-258 de 2013, pues del estudio adelantado por la Corte no se deriva que se extiende a la totalidad de regímenes especiales sino que quiso eliminar privilegios establecidos para los altos funcionarios del Estado.

De otra parte, el fallo del Tribunal destacó la importancia interpretativa de la sentencia de unificación la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, en la cual se estableció el trato igualitario en desarrollo del artículo 53 de la Constitución Política, frente a lo dispuesto por los regímenes de transición de los servidores públicos, aplicable por las autoridades públicas en consideración a lo dispuesto en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, el Tribunal consideró que en el caso bajo examen debía reliquidarse la pensión de jubilación del demandante en cuantía del 75% de lo percibido durante su último año de servicios, incluyendo como factores salariales la asignación básica, la bonificación por servicios, la prima técnica, la prima de servicios (1/12), la prima de vacaciones (1/12) y la prima de navidad (1/12), percibidos por la demandante a partir del 1 de enero de 2009, pero con efectos fiscales a partir del 23 de abril de 2010, por prescripción trienal.

El Tribunal ordenó descontar los correspondientes aportes al sistema de seguridad social pensional, si no se hubiera hecho, en la proporción que corresponda a la demandante. Igualmente la Universidad Pedagógica Nacional, como llamada en garantía en el presente asunto, deberá reembolsar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) los valores correspondientes a los aportes patronales sobre los factores reconocidos en esta sentencia si no se hubieren hecho."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 15001-33-33-010-2013-00134-01(3828-14) CE-SUJ2-001-16	FECHA: 14/04/16
PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez		ACTOR: Nubia Yomar Plazas Gómez	
DEMANDADO: Ministerio de Educación - Departamento de Boyacá			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se denegaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Decreto Ley 1042 de 1978 y Ley 91 de 1989.

TEMA PRINCIPAL: Prima de servicios: docentes oficiales.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Sentencias de unificación jurisprudencial. Métodos de interpretación normativa. Principio de no regresividad de los derechos sociales. Principio de favorabilidad en materia laboral. Principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos. Test de igualdad respecto de regímenes salariales y prestacionales disímiles.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Contra la decisión de primera instancia la demandante interpone recurso de apelación, que sustenta con los siguientes argumentos:

Reitera, que tiene derecho al reconocimiento de la prima de servicios, beneficio que en su criterio, fue reconocido a los maestros oficiales de acuerdo con la Ley 91 de 1989, en armonía con las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 y los Decretos 1042 de 1978, 1045 de 1978 y 1919 de 2002.

En segundo lugar argumenta, que el a quo no tuvo en cuenta que con la expedición del Decreto 1545 de 19 de julio de 2013, que reconoce la prima de servicios para todos los maestros públicos, el Gobierno admite que todo el personal docente oficial tiene derecho a su pago por ser empleados estatales.

Por último, insiste en que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han reconocido a los docentes oficiales el derecho a ser beneficiarios de la prima de servicios a partir de lo dispuesto en el artículo 15, parágrafo 2, de la Ley 91 de 1989. De la Corte Constitucional cita la sentencia T-1066 de 2012 y de esta Corporación el fallo de 25 de marzo de 2010, proferido en el expediente 0620-09".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Descendiendo a la materia objeto de estudio, reitera la Sala que la interpretación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no ofrece duda seria y objetiva, pues, como se ha visto, a partir de la aplicación de los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico, el verdadero sentido de la norma no permite inferir que su contenido constituya base textual para entender que el legislador reconoció o extendió la prima de servicios a los docentes oficiales.

[...]

Sobre la no regresividad de los derechos sociales.

El principio de no regresividad de los derechos sociales ha sido entendido como el corolario del principio de progresividad en tales derechos. En efecto, si se considera que los Estados tienen el deber evolucionar de manera progresiva hacia la plena vigencia de los derechos sociales tal como lo señalan las obligaciones del Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha de deducirse que las autoridades de un Estado no pueden disminuir ni alterar el nivel de protección de un derecho social que ya se ha consolidado en la normatividad vigente.

[...]

En este orden de ideas, para poder determinar si una norma es o no regresiva en materia de un derecho particular, se impone precisar la existencia previa de una disposición normativa que consagre el respectivo derecho. En el asunto bajo examen, antes de la expedición del Decreto 1545 de 19 de julio de 2013, con efectos a partir de 2014, no existía norma alguna que en nuestro ordenamiento jurídico haya creado o reconocido la prima de servicios para los docentes oficiales, motivo por el cual la Sala considera improcedente aplicar, en el presente caso, el principio de no regresividad de los derechos sociales [...].

Lo anterior no significa, que los docentes nacionalizados, antes territoriales, que vienen devengando la prima de servicios porque la respectiva entidad territorial a la que estaban adscritos la creo a través de una norma de carácter territorial expedida antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no la sigan percibiendo, pues, como se expuso en precedencia, la voluntad del legislador plasmada en el artículo 15 de la aludida ley, consistía en respetar los derechos adquiridos de los maestros que estuvieran en la situación descrita.

6. Reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales tramitadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales tramitadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con el referido asunto:

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.

6.2. En aplicación de la Ley 91 de 1989, artículo 15, los docentes oficiales nacionalizados, antes territoriales, que venían devengando la prima de servicios porque la entidad territorial a la cual estaban adscritos la creó, a través de una norma de carácter territorial vigente a la fecha de expedición de la citada ley, y en todo caso, expedida de acuerdo al respectivo marco de competencias constitucional y legal, la seguirán percibiendo, pues, como se expuso en precedencia, la voluntad del legislador, plasmada en dicha norma, consistió en respetar los derechos adquiridos de los maestros públicos que estuvieran en la situación descrita.

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.

6.4. Por disposición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, a los docentes nacionalizados vinculados 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 tal virtud, los docentes oficiales nacionalizados, vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, no tienen derecho a la prima de servicios.

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.

6.6. De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 1545 de 2013, los docentes oficiales, sin distinción alguno, tienen derecho a la prima de servicios a partir del año 2014 en cuantía equivalente a 7 días de la remuneración mensual, y del año 2015 en adelante, por valor de 15 días."

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de marzo de 2010, Rad.: 2003-01125(0620-09), C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 15 de junio de 2011, Rad.: 2001-02569(0550-2007), C. P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 16 de febrero de 2012, Rad.: 2004-01980(1767-2010), C. P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 22 de marzo de 2012, Rad.: 2483-10, C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Corte Constitucional, sentencias C-023 de 1994, C-566 de 1997, T-166 de 1997, C-313 de 2003, T-981 de 2012, T-1066 de 2012 y C-402 de 2013.

DECISIÓN:

"PRIMERO. UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con las controversias relacionadas con el reconocimiento de la prima de servicios a los docentes oficiales, en el entendido que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no crea dicho factor de salario a su favor, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia. En consecuencia:

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de 21 de febrero de 2014, proferida por el Juzgado 10 Administrativo Oral de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada, a través de apoderada judicial, por la señora Nubia Yomar Plazas Gómez."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Se trata del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentado por Nubia Yomar Plazas Gómez contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Boyacá, con el objeto de obtener la nulidad: i) del acto administrativo ficto de 21 de diciembre de 2012, surgido del silencio administrativo negativo en que incurrió el Ministerio, al no responder su derecho de petición de 17 de diciembre de 2012, en el que solicitó el reconocimiento de la prima de servicios; y ii) del Oficio 125-38-2012PQR48849 de 13 de febrero de 2013, por el cual la Secretaría de Educación de Boyacá, también atendió negativamente dicha petición. A título de restablecimiento del derecho, en la demanda se pidió el reconocimiento de la referida prima.

La situación fáctica de la presente causa judicial es resumida por la Sala de la siguiente manera: Señala la actora, que desde el año 1983 ha laborado como docente oficial en diferentes municipios del Departamento de Boyacá, tiempo en el cual le ha sido negada la prima de servicios, pese haberla solicitado desde 17 y 20 de diciembre de 2012 a los entes demandados, que para sustentar su decisión negativa, aducen que a los docentes públicos no les es aplicable el Decreto Ley 1042 de 1978, que contempla dicho beneficio.

Como argumento central plantea, que tiene derecho a la prima de servicios creada por los artículos 42 y 58 del Decreto Ley 1042 de 1978, por cuanto, la Ley 91 de 1989, artículo 15, parágrafo 2, reconoció o extendió dicho emolumento a toda la planta docente oficial.

En apoyo de este argumento, la actora alega, que la naturaleza de los cargos de los docentes oficiales es la misma de la de los empleados públicos, y en tal virtud, también los cobijan las disposiciones normativas contenidas en el aludido Decreto Ley 1042 de 1978, que regula el régimen salarial de estos últimos. En ese sentido, sostuvo que la administración le prodiga un trato desigual, puesto que, a la generalidad de los empleados públicos del país les es reconocida la referida prima, pero no a los docentes oficiales, que también son servidores estatales".

DECISIÓN:

"En audiencia de 21 de febrero de 2014, el Juzgado 10 Administrativo Oral de Tunja, luego de declarar no probadas las excepciones propuestas, resuelve negar las pretensiones".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sección Segunda -Sala de Conjuceces	RADICADO: 25000-23-25-000-2010-00246-02(0845-15)	FECHA: 18/05/16
PONENTE: Jorge Iván Acuña Arrieta		ACTOR: Jorge Luis Quiroz Alemán y otros	
DEMANDADO: Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (DEAJ)			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la seguridad social. Derecho a la igualdad salarial.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 15 de la Ley 4 de 1992; Decreto 610 de 1998.

TEMA PRINCIPAL: Bonificación por compensación del Decreto 610 de 1998: exigibilidad. Prescripción trienal. Prima especial de servicios de la Ley 4 de 1992.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Jurisprudencia y precedente judicial: diferencias. Sentencias de unificación jurisprudencial.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El apoderado de los demandantes, apeló la decisión al considerar que no se debía aplicar la prescripción trienal y que se omitió incluir tanto en la parte considerativa como resolutive, las diferencias adeudadas por concepto de prima especial de servicios consagrada en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992 y le corresponde ahora a esta Sala de Conjuceces del Consejo de Estado desatar el recurso de alzada."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Como consideración liminar debe precisarse que el decreto 4040 de 2004, fue declarado nulo mediante sentencia de fecha 14 de diciembre de 2011, con fecha de ejecutoria el día 27 de enero de 2012. Es decir, a partir de ese momento se superó la discusión en relación con la vigencia simultánea entre el régimen contemplado en el decreto 610 de 1998, denominado "Bonificación por Compensación", dirigido a algunos servidores de la rama judicial, incluida la Fiscalía General de la Nación y Ministerio de Defensa, que con anterioridad a la publicación del decreto se encontraran desempeñando los cargos enumerados en dicho decreto.

Por otro lado, el Gobierno Nacional cuando expide el decreto 4040 de 2004, aunque conserva los beneficiarios de la "Bonificación por Compensación", aun cambiándole su nominación por la de "Bonificación por Gestión Judicial", reduce sus beneficios. Ante esto, repito, el Consejo de Estado decretó la nulidad del decreto 4040 de 2004, superándose de esta manera la discusión sobre la vigencia de los dos regímenes.

Debe entonces reconocerse que si bien el Consejo de Estado venía inaplicando el decreto 4040 de 2004, es mediante la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2011 cuando al declararse la nulidad del decreto 4040 de 2004, a partir de allí, el decreto 610 de 1998 tomó plena e indiscutida vigencia. Esto es relevante para el desarrollo posterior de esta providencia y teniendo en cuenta que al momento de las reclamaciones directas elevadas ante la Administración Judicial; la audiencia de conciliación y la presentación de la demanda, aún no se había excluido del mundo jurídico el decreto 4040 de 2004 y por tanto las discusiones sobre la vigencia de los dos regímenes se mantenía en pleno fragor.

[...]

I. LA PRESCRIPCIÓN TRIENAL (sic)

[...]

... en relación con la prescripción de los derechos laborales, se debe partir del presupuesto de que el derecho sobre el cual se solicita el reconocimiento administrativo y/o judicial debe encontrarse en su momento de exigibilidad, para que a partir de allí, se empiece a contabilizar el término de su prescripción. Es decir, el prerrequisito de la aplicación de la prescripción del derecho, es que este se encuentre en el estado jurídico de la exigibilidad.

El asunto que se debate en torno a la aplicación de la prescripción trienal, es que ante la coexistencia de dos regímenes salariales diferentes, no es posible hablar de exigibilidad del derecho a reclamar, debido a que para los beneficiarios de los derechos existía la disyuntiva del Decreto 610 de 1998, que reconoce la Bonificación por Compensación Judicial y el régimen salarial del Decreto 4040 de 2004, que reconocía la Bonificación por Gestión Judicial. Es decir, no se podía establecer con exactitud cuál de los regímenes era el aplicable, ante lo cual resultaba imposible referirse a la exigibilidad del derecho.

En este sentido solo puede hablarse de exigibilidad de la Bonificación por Compensación, a partir de la fecha de ejecutoria del fallo que declaró la nulidad del Decreto 4040, es decir el 28 de enero de 2012.

[...]

II. ARTÍCULO 15 LEY 4 DE 1992, DECRETO 610 DE 1998

El artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, norma por medio de la cual se creó la prima especial de servicios, establece que un limitado grupo de funcionarios tendrá derecho a que sus ingresos sean igualados a la totalidad de los percibidos por los miembros del Congreso de la República. Este grupo de funcionarios es: los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil.

En desarrollo de esta norma, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 10 de 1993, cuyo artículo 1° estableció que la prima especial de servicios debía corresponder a "... la diferencia entre los ingresos laborales totales anuales recibidos por los miembros del Congreso y los que devenguen los funcionarios que tienen derecho a ella". A continuación, el artículo 2° del decreto en cita precisó que "Para establecer la prima especial de servicios prevista en el presente Decreto, se entiende que los ingresos laborales totales anuales percibidos por los Miembros del Congreso son los de carácter permanente, incluyendo la prima de Navidad".

No puede desvirtuarse el sentido literal del artículo 15 de la Ley 4ª de 1992 acudiendo a una interpretación según la cual el artículo 16 *ejusdem* fijó, de manera implícita, que los beneficiarios de la prima especial de servicios habían de percibir una remuneración distinta a la recibida por los Parlamentarios. Lo único que esta norma pretende al establecer que: "La remuneración, las prestaciones sociales y los demás derechos laborales de los Magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y los Fiscales del Consejo de Estado serán idénticos" es que se respete el derecho a la igualdad salarial de funcionarios que ocupan cargos semejantes.

Teniendo en cuenta que la ley determina como finalidad de la prima especial de servicios la equiparación de los ingresos percibidos por los Magistrados de las Altas Cortes a aquellos que devengan los miembros del Congreso de la República, mal podría señalarse que un decreto que cumple la función de reglamentar dicha Ley podía establecer cosa distinta. De hecho, el Decreto 10 de 1993 no lo hizo. Todo lo contrario, tal cuerpo normativo desarrolló de manera precisa los términos en los que debía darse la equiparación en el ingreso de los más altos funcionarios de varias ramas del poder público al señalar que había de efectuarse sobre la totalidad de los ingresos laborales anuales recibidos por unos y otros.

Es claro, entonces, que en ninguna de las normas que contienen el régimen de la prima especial de servicios se hizo la distinción entre salario y prestaciones sociales. Se habló, en cambio, de ingresos **laborales** totales.

(...)

En este sentido, y teniendo en cuenta que la prima especial de servicios no solo es un ingreso laboral sino que también cuenta con un carácter salarial limitado en atención a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-681 del 6 de agosto de 2003, habría que señalarse que no existen razones para que se haga abstracción de la misma, o de cualquiera de los factores que se tienen en cuenta para su liquidación, al momento de fijar el monto a cancelar por concepto de bonificación por compensación a favor de los servidores mencionados en el artículo 2° del Decreto 610 de 1998.

Habiendo señalado que el auxilio de cesantías es un ingreso laboral percibido de manera permanente por los jueces de mayor jerarquía de todas las jurisdicciones, es evidente que resultaría violatorio del principio de igualdad que surge del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia el señalar que esta prestación social carece de tal naturaleza únicamente con el propósito de disminuir la base de liquidación de la bonificación por compensación de la que son acreedores los funcionarios mencionados en el artículo 2° del Decreto 610 de 1998.

En consecuencia, se concluye que únicamente teniendo en cuenta los pagos que el Estado debe realizar a los Congresistas por concepto de cesantías puede calcularse la diferencia total entre lo que ellos perciben y la asignación de los Magistrados de las Altas Cortes para, así, determinar el valor de la prima especial de servicio a la que tienen derecho estos últimos.

Teniendo en cuenta que la prima especial de servicios no solo es un ingreso laboral que perciben los Magistrados de las Altas Cortes, sino que además "... constituirá factor de salario solo para la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de acuerdo con las normas nacionales vigentes que regulan el régimen prestacional de los funcionarios señalados", y que el Decreto 610 de 1998 garantiza que sus beneficiarios perciban un porcentaje del total de ingresos laborales devengados por estos funcionarios, también se debe concluir que es necesario que el monto percibido por los Magistrados de las Altas Cortes por este concepto, y que haya sido liquidado teniendo en cuenta las cesantías percibidas por los Congresistas, debe ser un factor para determinar el valor de la bonificación por compensación a la que tiene derecho el actor.

(...)

La jurisprudencia se ha entendido en un sentido numérico cuantitativo, como un conjunto significativo de providencias judiciales, pues no se detiene en los argumentos, ni en el impacto de estas decisiones judiciales, sino que se preocupa por su número y frecuencia.

Mientras que el precedente judicial se entiende como un número específico de decisiones en un mismo sentido que conforman una posición jurídica frente a un tema y que tiene efectos vinculantes para los jueces de la República y por tanto es un concepto eminentemente **cualitativo**".

FUENTES: Artículo 115 y 144 de la Ley 1395 de 2010; Ley 1437 de 2011; Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968; artículo 102 del Decreto 1848 de 1969; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 10 de octubre de 2013, Rad.: 2008-00224, C. P.: Gabriel De Vega Pinzón; Consejo de Estado, Sección Segunda Sala de Conjuces, sentencia del 4 de mayo de 2009, Rad.: 2004-05209, C. P.: Luis Fernando Velandia Rodríguez; Corte Constitucional, sentencias C-836 de 2001; C-681 de 2003 y C-634 de 2011.

DECISIÓN:

"1. Dictar fallo de Unificación de Jurisprudencia, conforme lo dispone el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes, en relación con la "Bonificación por Compensación", de que trata el decreto 610 de 1998.

2. Unifíquese Jurisprudencia en relación con la prescripción trienal en los términos en que se ha venido señalando en los precedentes jurisprudenciales de la Sala de Conjuces del Consejo de Estado.

3. Unifíquese Jurisprudencia en relación con la aplicación del artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, en los términos en que lo ha venido estableciendo la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sala de Conjuces).

4. Revóquese el artículo primero del el fallo impugnado, proferido por el Tribunal de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, Sala de Conjuces, de fecha 30 de mayo de 2014, en el sentido de no dar aplicación a la excepción de prescripción trienal, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente fallo y teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales sobre la materia.

5. Adiciónese el fallo en el sentido de incluir la Prima Especial de Servicios, teniendo en cuenta para la liquidación de está todos los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente devengados por los Congresistas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 4° de 1992 al momento de efectuar la re liquidación y con base en los precedentes jurisprudenciales sobre la materia y en este sentido se unifica la jurisprudencia”.

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

“Los señores Jorge Luis Quiroz Alemán, Martha Ruth Ospina Gaitán, Jorge Alberto Giraldo Gómez, Gustavo López Algarra, Sonia Martínez de Forero, Carmen Elisa Gnecco Mendoza, Jesús Eduardo Uribe Quiñones, Luis Benedicto Herrera Díaz, Armando Albarracín Carreño, Iván Guillermo Asmar Restrepo, Diana Sofía Lozada Rebolledo y Víctor Julio Usme Perea, obrando a través de apoderado judicial, presentaron demanda en Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admite la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho con el fin de que se lograra la nulidad de los oficios Número DEJ09-021015 del 9 de noviembre de 2009, DEJ09-021355 del 13 de noviembre de 2009, DEJ09-021010 del 9 de noviembre de 2009, DEJ09-015865 del 7 de septiembre de 2009, DEJ09-019883 del 27 de octubre de 2009, DEJ09-021017 del 9 de noviembre de 2009, DEJ09-021350 del 13 de noviembre de 2009, DEJ09-021024 del 13 de noviembre de 2009 y DEJ09-018581 del 15 de octubre de 2009, expedidos por la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, por medio de los cuales se NEGÓ, la solicitud de pago del 80% de lo que por todo concepto perciben los Magistrados de las Altas Cortes.

Previamente, los demandantes habían solicitado a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el reconocimiento y pago de los reajustes contenidos en la Decreto 610 de 1998 y en el artículo 15 de la ley 4 de 1992, lo cual fue negado por medio de los oficios aquí demandados.

De la misma forma, ante la Procuraduría Regional de Cundinamarca se convocó a la aquí demandada para que reconociera y pagara los valores demandados, resultando fallida la audiencia de Conciliación según consta en Acta de fecha 12 de marzo de 2010”.

DECISIÓN:

“El 30 de mayo de 2014 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, a través de Sala de Conjuces, resuelve declarar la nulidad de los actos administrativos cuya nulidad se demandó, ordenando a la Nación - Rama Judicial el pago pleno de la “Bonificación por Compensación”, en los términos del decreto 610 de 1998, es decir, conforme al 80% y ordenando la actualización de las sumas a pagar”.

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 05001-23-33-000-2012-00791-01(4499-13) CE-SUJ2-002-16	FECHA: 19/05/16
PONENTE: Luis Rafael Vergara Quintero		ACTOR: Yolima de los Ángeles Ramírez Bernal	
DEMANDADO: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
----	--	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se denegaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 125 de la Constitución Política y artículo 270 del CPACA.

TEMA PRINCIPAL: Inscripción automática en el Sistema de Carrera Administrativa de la DIAN fijada por el Decreto 2117 de 1992.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Sentencias de unificación jurisprudencial.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La parte actora en el recurso de apelación solicita que la experiencia adquirida con posterioridad a la obtención del título en formación avanzada no sea la única para acreditar la experiencia altamente calificada, pues a pesar de que la Resolución 3682 de 1994 de la DIAN señala que los requisitos exigidos para el reconocimiento de la prima técnica deben exceder los establecidos para desempeñar el cargo, también lo es que permite cumplirlos con las condiciones profesionales de excelencia, talentos y destreza, esto es, las habilidades adquiridas a través del ejercicio del empleo y la práctica profesional en el ejercicio del cargo.

Manifiesta que la facultad inicial de calificar el desempeño meritorio con base en los conocimientos, habilidades y destrezas está en cabeza de la DIAN de acuerdo con el procedimiento señalado en el artículo 5 de la Resolución 3682 de 1994; sin embargo, si ello no se llevó a cabo por parte del Jefe de la Entidad con ocasión de la solicitud de reconocimiento de la prima, le corresponde entonces al operador judicial valorar la experiencia que aparezca acreditada en el expediente.

Precisa que para la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997 desempeñó cargos en el nivel profesional de la DIAN, como profesional tributario nivel 40 grado 24 desde el 6 de agosto de 1992, ubicada en la División de Cobranzas de la Administración Especial de Impuestos de las Personas Jurídicas de Bogotá; profesional en ingresos públicos II Nivel 31 Grado 21 entre el 31 de mayo de 1993 y el 27 de febrero de 1995; y en el Despacho del Administrador Especial de Impuestos de las Personas Jurídicas de Bogotá entre el 28 de febrero de 1995 y el 20 de octubre de 1997.

Señala en relación con las funciones cumplidas en el puesto de trabajo, la capacitación, habilidades y destrezas, que hasta el mes de julio de 1997 se acredita una experiencia por casi cinco años especializada en el cumplimiento de funciones de revisión de los proyectos de fallo y de los demás actos administrativos para su firma, así como tareas de sustanciación para las demás áreas.

Informa que dentro del expediente se encuentra una certificación de la DIAN que da cuenta de la realización entre el mes de febrero de 1991 y julio de 1997 más de 11 cursos de educación no formal que exceden los dos módulos exigidos para acceder al cargo de profesional grado 21 que ostentaba.

Por último, solicita se revoque la condena en costas y agencias en derecho, pues en el expediente no aparece demostrado que la DIAN tuvo que asumir gastos en la defensa judicial y adicional a ello, la fijación en la suma de \$4.805.059, desconoce los criterios para la aplicación gradual previstos en el artículo 3 del Acuerdo 1887 de 2003."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, asume el conocimiento con la finalidad no solamente de proferir fallo de segunda instancia para el caso en concreto, sino para emitir la respectiva Sentencia de Unificación Jurisprudencial, relacionada con las controversias existentes respecto inscripción automática en el Sistema de Carrera Administrativa de la DIAN fijada por el Decreto 2117 de 1992.

(...)

Así las cosas, se evidencia la necesidad de fijar una posición unificada de la Sección Segunda sobre este tema, el cual resulta de vital importancia, dado que uno de los requisitos –y primero que se debe verificar– de la persona que aspira a ser beneficiario de la prima técnica es acreditar que desempeña el cargo en propiedad, es decir, que está inscrito en carrera administrativa.

En vista de lo anterior, esta Sala anuncia desde ya, que la incorporación automática realizada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con base en el Decreto 2117 de 1992 es inconstitucional, y que por ende las personas que se beneficiaron con tal medida no ostentan derechos de carrera administrativa. Veamos:

El artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, exigencia que se deriva del mejoramiento del servicio público, de la necesidad de preservar los derechos de los empleados públicos y del respeto del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública.

Por su parte, el artículo 116 del Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992, norma expedida en vigencia de la Constitución Política de 1991, dispuso:

“ARTÍCULO 116. PLANTA DE PERSONAL E INCORPORACIÓN DE FUNCIONARIOS. La planta de personal que se expida para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, deberá recoger las plantas de las dos entidades que se fusionan, más los cargos necesarios para el cumplimiento de las funciones que en materia de control cambiario y de impuestos territoriales se asumen.

La planta seguirá la nomenclatura señalada en el Decreto 1865 de 1992, en cuanto a los funcionarios de carrera.

Los cargos de secretario general se asimilan al cargo de subdirector, los cargos de subsecretarios se asimilan al de jefe de oficina para efectos del reconocimiento de prima de dirección.

Para efectos de la incorporación a la nueva planta de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que se entenderá realizada el primero de junio de 1993, los funcionarios de las Direcciones de Impuestos Nacionales y de Aduanas Nacionales, quedarán automáticamente incorporados e incluidos en carrera, sin ninguna formalidad ni requisito adicional.

La dirección de Impuestos Nacionales previamente a la fecha de incorporación a la nueva entidad, adoptará la nomenclatura y clasificación señalada en los incisos anteriores, con el concepto previo y favorable de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Para efectos de esta incorporación no se tendrán en cuenta los requisitos para ingreso, escalafonamiento, y el sistema de concursos de que trata el Decreto 1647 de 1991 y sólo se exigirá para la posesión la firma de la respectiva acta”. (Negrillas de la Sala).

De la simple lectura de los artículos 125 de la Constitución Política y 116 del Decreto 2117 del 29 de diciembre de 1992, se encuentra de manera evidente su contradicción, pues mientras la primera disposición establece como regla general el concurso público para el ingreso y ascenso a los cargos de carrera, el artículo 116 dispuso una incorporación automática a los cargos que integran la planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), sin ninguna formalidad ni requisito adicional.

Sobre el particular, es preciso señalar que la Corte Constitucional en diversas oportunidades se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de los sistemas de inscripción automática a carrera administrativa, para concluir que el fundamento de la carrera administrativa está en el mérito y la capacidad de quienes ingresan a ella y por esa razón la verificación de requisitos, la utilización de mecanismos idóneos para la selección de las personas, constituye un elemento fundamental de la función pública, en tanto que con ellos se determina la capacidad profesional o técnica del aspirante, sus aptitudes personales, su solvencia moral y sentido social de acuerdo con el empleo y necesidades del servicio.

[...]

Esta misma tesis es la que debe adoptarse en esta oportunidad, y que corresponde a la línea jurisprudencial que en su momento tuvo el Consejo de Estado ‘incluso antes de las primeras sentencias de la Corte Constitucional sobre la material, advirtiendo sobre la inconstitucionalidad de los sistemas de inscripción automática a carrera administrativa, puesto que “para gozar el amparo inherente a una carrera deben cumplirse las etapas y llenarse los requisitos que la ley señala y que carecían de sentido y no tendrían razón de ser si existiese la llamada incorporación automática”.

Lo anterior, en razón a que los derechos derivados de la carrera como el derecho a la estabilidad laboral, provienen no del hecho mismo de la inscripción, sino de que la misma ocurra como consecuencia de la superación de un concurso abierto y objetivo que asegure la libre e igual competencia; y una vez surtido y superado dicho concurso, tiene sentido la defensa del derecho a la estabilidad en el cargo, del cual no son titulares los funcionarios de libre nombramiento y remoción, ni quienes son incorporados de manera automática.

En consecuencia, la Sala unifica su posición en el sentido de precisar que los empleados incorporados a la DIAN automáticamente, por medio del decreto 2117 de 1992, no pueden ser beneficiarios de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, en la medida que no desempeñaron el cargo en propiedad, como quiera que su inscripción en carrera administrativa no se derivó de la superación satisfactoria de un concurso de méritos.

En conclusión, al aplicar dichos postulados al caso del sub lite, para la Sala resulta claro que la actora no podía reclamar los derechos propios de los empleados de carrera administrativa, como es el caso de la prima técnica por el criterio de formación avanzada y experiencia altamente calificada, en la medida que la norma de inscripción automática de la cual pretende derivarla (artículo 116 del Decreto 2117 de 1992) es inconstitucional por ser contraria al artículo 125 de la Carta Política y al derecho de igualdad en el acceso a la función pública”.

FUENTES: Artículo 116 del Decreto 2117 de 1992 y Acuerdo 148 de 2014.

DECISIÓN:

“PRIMERO. UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar que la inscripción automática dispuesta por el artículo 116 del Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992, no se ajusta a los principios constitucionales desarrollados en la parte motiva de esta providencia, en consecuencia quienes accedieron al sistema de carrera mediante dicha inscripción no tienen derecho a la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia del doce (12) de agosto de dos mil trece (2013) proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las pretensiones de la demanda presentada por Yolima de los Ángeles Ramírez Bernal contra la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas en la segunda instancia, las cuales se liquidarán por el Tribunal Administrativo de Antioquia”.

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

“En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la parte actora mediante apoderado judicial, solicitó la nulidad del Oficio 100000202-000273 del 20 de febrero de 2012 y de la Resolución 003668 de 24 de mayo de 2012, por medio de los cuales la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, le negó el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

A título de restablecimiento del derecho pidió el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada en un 50% de la asignación básica desde la fecha en que cumplió los requisitos para acceder al beneficio, y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Como hechos fundamento de la acción, expone que laboró en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desde el 1 de abril de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha en la que se desempeñó como Gestor II Código 302 Grado 02 correspondiente al nivel profesional en la División de Gestión Jurídica.

Manifiesta que por reunir los requisitos del Decreto 1661 de 1991, el 22 de diciembre de 2011 solicitó el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, solicitud que fue denegada por el Director General de la DIAN mediante Oficio del 20 de febrero de 2012, bajo el argumento de que el cargo que ostentaba no era susceptible de dicha asignación, según lo dispuesto en el Decreto 1724 de 1997.

Relata que contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición, el cual fue confirmado mediante la Resolución 003668 de 24 de mayo de 2012.

Sostiene que es beneficiaria de la prima técnica en razón a que desde la vigencia del Decreto 1661 de 1991 se ha desempeñado en el nivel profesional y ha acreditado experiencia altamente calificada como abogada, es Especialista en Derecho Tributario y cuenta con experiencia profesional calificada en el ejercicio del cargo".

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante sentencia del 12 de agosto de 2013, denegó las súplicas de la demanda".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16	FECHA: 25/08/16
PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez		ACTOR: Benicio Antonio Cruz	
DEMANDADO: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Reconocimiento del reajuste salarial y prestacional.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 271 de la Ley 1437 de 2011; Decreto Ley 1793 de 2000; inciso 2° artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

TEMA PRINCIPAL: Reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados profesionales que previamente se desempeñaban como voluntarios.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: Régimen de carrera de los soldados profesionales. Principio de inescindibilidad normativa. Régimen pensional, salarial y prestacional de los soldados voluntarios. Régimen salarial de los soldados profesionales.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La parte accionada, mediante escrito de 17 de marzo de 2015, interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, en el que reiteró los argumentos de la contestación a la demanda y agregó, que al conceder el reajuste salarial reclamado, el a quo combinó, para favorecer al actor, los aspectos más benéficos de dos regímenes salariales, esto es, el de los soldados voluntarios contenido en la Ley 131 de 1985 y el de los soldados profesionales establecido en los Decretos 1793 y 1794 de 2000, con lo cual quebrantó el principio de inescindibilidad de las normas."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Las referidas disposiciones del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 distinguen claramente que en relación con el primer grupo de soldados profesionales, es decir, quienes se vincularon a partir del 31 de diciembre de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, en lo que respecta al segundo grupo, esto es, quienes venían como soldados voluntarios, se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo, más un incremento del 60% sobre el mismo salario.

En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4° establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una "bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4° de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4° de 1992 y el Decreto Ley 1793 de 2000, consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que debe ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos

adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

El Ministerio de Defensa Nacional toma distancia de esta posición jurisprudencial con fundamento en la tesis de la inescindibilidad de la norma, de la que se ocupará esta providencia a continuación. (...)

En el presente caso no se evidencia la trasgresión al referido principio, puesto que la situación normativa que gobierna la controversia jurídica no ofrece conflicto o duda alguna sobre aplicación de varias normas o regímenes, pues, como se expuso en precedencia, la situación salarial de los soldados voluntarios que posteriormente fueron convertidos en profesionales, se encuentra regulada de manera íntegra en un solo estatuto que es el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, cuyo artículo 1º, inciso 2º, se insiste, establece para ellos una asignación salarial mensual de un salario mínimo incrementado en un 60%.

Agrega la Sala, que al pasar de soldados voluntarios a profesionales, los uniformados no cambiaron de régimen de carrera al interior del Ejército, pues, su estatus siguió siendo el de soldados, sólo que a partir del año 2000, por virtud de los Decretos 1793 y 1794 de dicha anualidad, fueron profesionalizados para mejorar la prestación del servicio constitucional que tienen asignado, lo cual significó además, que dicho personal recibiera las prestaciones sociales que antes no devengaba.

De manera que con la interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, que se prohija en esta sentencia de unificación, no se está generando una nueva norma a través de la combinación de varios contenidos normativos enfrentados, ni tampoco se está escogiendo como aplicable fragmentos legales de diferentes normatividades, pues, la regulación salarial de los soldados profesionales se encuentra contenida en un único estatuto, que es el mencionado Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

Concluye la Sala entonces, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En ese orden de ideas, los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%.

(...)

La lectura de las disposiciones transcritas revela, que las prestaciones sociales enunciadas a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado.

Por tal razón se concluye, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestaciones y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.

(...)

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

Primero. De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente".

FUENTES: Artículo 4 de la Ley 131 de 1985; artículo 10 del Decreto 2728 de 1968; artículo 174 del Decreto 1211 de 1990; Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

DECISIÓN:

"PRIMERO. UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con el reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente, en aplicación de la Ley 131 de 1985, fueron incorporados como profesionales, en el entendido que el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los uniformados que reúnan tales condiciones, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En consecuencia:

SEGUNDO. CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia de primera instancia de 27 de febrero de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Yopal (Casanare), que accedió a las pretensiones de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor Benicio Antonio Cruz contra la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, orientada al reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20%.

TERCERO. Por Secretaría de la Sección Segunda de esta Corporación, devolver el expediente de la referencia al Tribunal Administrativo de Casanare.

CUARTO. Dejar sin efectos el numeral cuarto del auto de 23 de junio de 2016, en virtud del cual se ofició a los Tribunales Administrativos del país para que suspendieran el trámite de los procesos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en los que se debatían asuntos similares al aquí estudiado y que se encuentren para proferir fallo de segunda instancia.

QUINTO. Una vez en firme la presente sentencia de unificación jurisprudencial, la Secretaría de esta Sección, haciendo uso de los medios electrónicos autorizados por la Ley 1437 de 2011, deberá enviar esta providencia a los Tribunales Administrativos del país, para que en el marco de su independencia y autonomía, y de acuerdo con las particularidades de cada caso en concreto, resuelvan las causas similares a las aquí estudiadas atendiendo las reglas jurisprudenciales fijadas en la parte motiva.

SEXTO. Una vez en firme la presente sentencia de unificación jurisprudencial, cada uno de los despachos que integran esta Sección, devolverá, a través de auto de ponente, los expedientes que hayan sido remitidos por los Tribunales Administrativos del país con el mismo fin.

SÉPTIMO. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor Benicio Antonio Cruz, quien solicita lo siguiente:

- i. Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios 20125660377501MDN-CGFM-CE-JEJEH-DIPER-NOM de 18 de abril de 2012, por el cual la Sección de Nómina de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, le negó una solicitud orientada a obtener el reajuste del 20% de su salario, así como de las siguientes prestaciones sociales: subsidio familiar, cesantías, y primas de antigüedad, de servicio, de vacaciones y de navidad; desde la fecha de su incorporación como soldado profesional hasta su retiro; y 20125660441631MDN-CGFM-CE-JEJEH-DIPER-NOM de 4 de mayo de 2012, proferido por la misma dependencia, que al resolver un recurso de reposición, confirmó el anterior.
- ii. Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada reconocerle y pagarle de manera indexada, las diferencias arrojadas entre lo que efectivamente devengó por los mencionados conceptos y lo que resulte luego de su reajuste en un 20%, desde el momento de su incorporación como soldado profesional hasta su retiro efectivo.

En sustento de sus pretensiones, el actor alegó que ingresó al Ejército Nacional el 19 de septiembre de 1991 en condición de soldado regular para cumplir con su deber de prestar el servicio militar obligatorio; que a partir del 1 de abril de 1993 se desempeñó como soldado voluntario y desde noviembre de 2003 fue obligatoriamente incorporado como soldado profesional; y que fue finalmente retirado con derecho a asignación de retiro el 28 de mayo de 2012.

Explicó, que a través del Decreto Ley 1793 de 2000, el Gobierno Nacional creó la carrera del soldado profesional, por lo que mediante Ordenes Administrativas de Personal del Comando Central del Ejército Nos. 1241 de 20 de enero de 2001 y 1175 de 20 de octubre de 2003, se ordenó la profesionalización de todos los soldados voluntarios, quienes pasaron a llamarse soldados profesionales, desapareciendo del ordenamiento jurídico, a partir de entonces, la categoría de soldado voluntario.

Relató, que el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales fue establecido en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, cuyo artículo 1, inciso 2, precisó, que quienes, en los términos de la Ley 131 de 1985, estaban en el servicio activo como voluntarios a 31 de diciembre de 2000, y posteriormente fuesen incorporados como profesionales, devengarían como asignación mensual un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Argumentó, que pese a que venía como soldado voluntario desde 1993 y se incorporó como profesional a partir del 1 de noviembre de 2003, desde ese entonces su salario fue de un mínimo incrementado en un 40%, lo cual, en su sentir, desconoce el artículo 1, inciso 2, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

Indicó, que pasaba la mayor parte del tiempo en el área de combate en las selvas y montañas, por lo que la tarjeta para debitar sus salarios de su cuenta bancaria generalmente permanecía en poder de su esposa, razón por la que nunca pudo verificar el monto que le era consignado. Expresó, que al darse cuenta que su sueldo como soldado profesional le venía siendo cancelado en el monto de un salario mínimo aumentado en un 40%, acudió a sus superiores junto con otros compañeros, para reclamar de manera verbal el reajuste salarial, pero contrario a obtener una respuesta positiva, fueron amenazados con retirarlos de manera discrecional.

Finalmente señaló, que de acuerdo con el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por vez primera a partir de dicha anualidad, como los que siendo voluntarios se incorporaron luego como profesionales, tienen derecho a percibir, además de la asignación mensual, las siguientes prestaciones: subsidio familiar, cesantías y primas de antigüedad, de servicio, de vacaciones y de navidad; todas ellas calculadas con base en el salario mensual; por lo que también pide que dichas prestaciones le sean reliquidadas teniendo en cuenta el 20% dejado de percibir".

DECISIÓN:

"El Juzgado 2 Administrativo Oral de Yopal, a través de sentencia de 27 de febrero de 2015, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenó restablecer el derecho del actor, por lo que condenó a la parte accionada a reajustar su salario y prestaciones sociales desde el momento de su incorporación como soldado profesional, es decir, 1 de noviembre de 2003, hasta la fecha de su retiro, o sea, 27 de marzo de 2012; para lo cual alegó que efectivamente, el inciso 2 del artículo 1 del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, establece que los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir un salario mínimo incrementado en un 60% y no en el 40%, como lo asegura la parte accionada.

Argumentó, que el criterio expuesto resulta de un entendimiento de la norma que parte del acatamiento del principio de respeto por los derechos adquiridos, consagrado en los artículos 53, 58 y 215 de la Constitución, 2 de la Ley 4 de 1992 y 11, 36, 272, 279 y 288 de la Constitución Política; ello por cuanto el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, mantuvo el régimen salarial que tenían los soldados voluntarios bajo la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 5 establecía para ellos un salario consistente en una "bonificación" equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%.

En este punto señaló, que la interpretación que favorece salarialmente a los soldados voluntarios que luego se incorporaron como profesionales, no desconoce el principio de inescindibilidad de las normas previsto en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, porque prevalecen los principios de respeto por los derechos adquiridos y de favorabilidad.

Explicó el Juzgado, que su superior funcional, esto es, el Tribunal Administrativo de Casanare, en sentencia ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho de 26 de junio de 2014, consideró que los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales no tienen derecho al reajuste salarial reclamado, puesto que el inciso 1 del artículo 1 del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, establece que la asignación salarial de estos últimos es de un salario mínimo legal mensual aumentado en un 40%; sin que ello implique desmejora alguna, puesto que, al aceptar cambiar de régimen, les son adicionadas las prestaciones de subsidio familiar, cesantías y primas de antigüedad, de servicio, de vacaciones y de navidad, que no devengaban antes de ser profesionalizados.

Aclaró, que se apartó de esta tesis, puesto que el Consejo de Estado no ha proferido una sentencia de unificación sobre la materia, y en las sentencias de tutela antes mencionadas, esta Corporación mayoritariamente indicó que hay lugar a reajustar en un 20% la asignación mensual de los soldados profesionales que venían incorporados como voluntarios, puesto que para ellos, el inciso 2 del artículo 1 del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, dispuso, en materia salarial, un régimen de transición, en virtud del cual, su salario es de un mínimo legal aumentado en un 60%.

El Juzgado de instancia dispuso finalmente, decretar, en aplicación del artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990, la prescripción cuatrienal de las diferencias salariales y prestaciones reconocidas al actor, por lo que ordenó que las sumas resultantes a su favor solamente se le pagarían a partir del 13 de abril de 2008, en atención a que la petición en sede gubernativa la elevó el 13 de abril de 2012."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: La sentencia de unificación fue objeto de aclaración mediante auto 6 de octubre de 2016. Decisión: "Se ordena aclarar los numerales 1° y 7° de la parte resolutive de la sentencia de Unificación jurisprudencial CE-SUJ2 NO. 003/16 de 25 de agosto de 2016 y, se niega la petición de adiccionarla."

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron

Ficha
No. 14

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14)	FECHA: 25/08/16
PONENTE: Luis Rafael Vergara Quintero		ACTOR: Yesenia Esther Hereira Castillo	
DEMANDADO: Oficina de Talento Humano del Municipio de Soledad			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la seguridad social.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Artículo 99 de la Ley 50 de 1990; Ley 344 de 1996.**TEMA PRINCIPAL:** Reconocimiento de cesantías. Sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anualizadas**TEMAS COMPLEMENTARIOS:** Consignación extemporánea de las cesantías anualizadas.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Señaló que lo que se persigue en el proceso de la referencia no es el pago de las cesantías causadas sino el de la sanción moratoria producto del incumplimiento de la administración en realizar la consignación oportuna de las mismas.

Señaló no estar de acuerdo con la decisión de no reconocer la sanción moratoria por las anualidades del 2003 a 2006 y sugirió que la prescripción trienal a que alude el numeral 4° de la parte resolutive de la sentencia, aún no ha empezado a correr pues este término solo comienza a partir de la terminación de la relación laboral, por ende, solicita ordenar el reconocimiento y pago de la sanción por todas las anualidades reclamadas".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998.

(...)

Ahora bien, diferentes tesis se han planteado en relación con la extinción del derecho a las cesantías, así: i) según la cual, mientras la relación laboral se encuentre vigente, no se produce la extinción de las mismas, sino que el término prescriptivo empieza a correr a partir de la ruptura del vínculo laboral; ii) la que predica que se aplica la prescripción extintiva del derecho al transcurrir 3 años sin hacer la reclamación, sin consideración a la terminación de la relación laboral, y iii) la que sostiene que se trata de un derecho imprescriptible.

A continuación se transcriben apartes de providencias en las que se han sostenido las diferentes posiciones, así:

Tesis 1:

"(...)

La obligación de consignar que tiene el empleador no supone que su omisión en ese sentido haga exigible desde entonces el auxilio de cesantía correspondiente a la anualidad o fracción de año en que se causó, por virtud de que la exigibilidad de esa prestación social, se inicia desde la terminación del vínculo laboral, momento en que de acuerdo con el numeral 4° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, surge para el empleador la obligación de entregar directamente a su ex-servidor los saldos de cesantía que no haya consignado en el fondo, así como los intereses legales sobre ellos que tampoco hubiere cancelado con anterioridad, coincidiendo la Sala en este punto con lo que afirma la Corte Suprema de Justicia en la sentencia atrás citada.

Así se tiene que conforme a lo prescrito por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el incumplimiento de la obligación de consignar dentro del término establecido para el efecto genera la mora, sin que jamás ese incumplimiento se traduzca en un perjuicio y sanción para el servidor público, castigándolo con la prescripción extintiva cuando el empleado no requiere a la administración para que deposite al fondo su cesantía, sin haberse consolidado la exigibilidad de la cesantía, la cual se tipifica al terminar la relación laboral como ya se expuso.

Por lo anterior, la Sala insiste en que mientras esté vigente el vínculo laboral, no se puede hablar de prescripción de la cesantía, la cual se deduce de la interpretación sistemática tanto de los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990, como de los artículos 25, 53 y 58 de la Constitución Política".

Tesis 2:

"Como el pago de las cesantías obedece al régimen anualizado que determina la obligación de consignar oportunamente antes del 15 de febrero siguiente al año causado, se tiene que las cesantías de la demandante causadas en el 2001, debieron ser canceladas a más tardar el 14 de febrero de 2002, por lo tanto el 15 de febrero de 2005 prescribió el derecho a reclamarlas.

Igualmente respecto de las cesantías causadas en el 2002, debieron ser consignadas antes del 15 de febrero de 2003, prescribiendo el derecho el 15 de febrero de 2006; las causadas en el 2003, debieron ser pagadas hasta el 14 de febrero, por lo tanto prescribieron el 15 de febrero de 2007; y las causadas en 2004, que debieron consignarse antes del 15 de febrero de 2005, prescribieron el 15 de febrero de 2008." [Resalta la Sala].

Tesis 3:

"Además, la Sala debe decir que las cesantías son un derecho de orden público, irrenunciable e imprescriptible y deben ser reconocidas y pagadas por el empleador en las oportunidades consagradas en la ley, pues se constituyen como un ahorro a favor del empleado cuyo pago definitivo se produce al terminar la relación laboral, con miras a que pueda subvencionar las contingencias que puedan surgir por haber quedado cesante.

Además, las normas que consagran el derecho al reconocimiento de las cesantías no establecen un término en que se extinga la obligación para hacerlo efectivo y, al ser la prescripción un fenómeno de orden público que extingue derechos, su consagración debe ser taxativa".

Los distintos enfoques sobre la materia, hacen necesaria la definición de una postura unificada, previo el siguiente análisis:

Las dos primeras tesis, aludidas previamente, suponen la aplicación del término de prescripción de 3 años, previsto en diferentes disposiciones legales de carácter laboral, no obstante, ninguna de esas normas consagra el derecho a las cesantías como prestación a favor del trabajador.

El derecho a las cesantías fue creado por el legislador del 46, como un beneficio sujeto al despido o desvinculación laboral del trabajador y aunque su causación en principio se condicionó a periodos de 3 años, los parámetros para su reconocimiento siempre estuvieron directamente relacionados con el retiro del servicio.

La justificación de esa sujeción, está orientada por dos razones fundamentales, la primera de ellas, porque como su nombre lo indica, tiene relación con el estado "cesante" del empleado, pues su reconocimiento y pago tiene como finalidad subvencionarlo en el momento en que se extinga su relación laboral y la segunda de ellas, porque su reconocimiento se consagró con el régimen de retroactividad, dentro del cual la liquidación se realizaba con base en el último salario recibido por el trabajador al momento de finiquitar su vínculo laboral.

Y aunque procedían los pagos parciales, la liquidación que se realizaba para ese efecto no era definitiva, pues solo adquiriría este carácter cuando terminaba la relación laboral, es decir, cuando el empleado quedaba cesante, momento en el cual se efectuaba la liquidación definitiva y el pago de la totalidad de la prestación.

Una vez reconocido y pagado ese derecho, ingresaba al patrimonio del empleado y por ende, se trataba de un derecho "imprescriptible", pues seguía reputándose como titular del mismo indefinidamente, sin que se pudiera alegar su extinción.

Al respecto, valga precisar que las cesantías constituyen un "ahorro" del trabajador, a ser reclamado al terminar su relación laboral, con el objeto de cubrir la contingencia de quedar cesante. Al tener esa naturaleza de ahorro, producto de un emolumento -prestación- causado a su favor durante ese vínculo, no se puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad y así ha de predicarse respecto de las mismas, bajo el régimen de liquidación anualizado.

Para dar un mejor entendimiento al anterior planteamiento, se ha de recurrir al siguiente análisis: Bajo el régimen retroactivo, la liquidación se realizaba en forma definitiva solo hasta la terminación del vínculo laboral, por ende, durante esa relación, no había lugar a declarar la extinción del derecho y era liquidado y pagado en forma definitiva al momento de finiquitar la relación laboral.

Ahora bien, con la modificación que surgió con el cambio de liquidación de esa prestación, a ser realizada en forma anual, al empleador le corresponde liquidar las cesantías cada año con corte a 31 de diciembre, y efectuar la consignación de las sumas producto de esa liquidación en el fondo que el empleado elija, a más tardar, el 15 de febrero del año siguiente. A partir de ese momento, las sumas liquidadas y consignadas por concepto de cesantías, ingresan al patrimonio del empleado, pues son destinadas a la cuenta individual que a nombre del empleado se ha creado en el fondo administrador de cesantías que este haya elegido.

Tales sumas se van incrementando año a año producto de la liquidación y consignación que al empleador le corresponde en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, generando un "ahorro" en su cuenta individual que, salvo las excepciones de ley, será retirado al momento en que quede cesante.

El ahorro así constituido, puede ser reclamado por el empleado en el mismo instante de quedar cesante, pues precisamente esa es la causal principal para el retiro de las cesantías o, incluso en una fecha posterior a ella, sin que esté sujeto a término alguno para retirar el monto que ha sido depositado en la cuenta a su favor durante la relación laboral. Siendo así, en modo alguno se puede afirmar que pierde, en virtud del término extintivo, el ahorro que durante su trayectoria laboral se haya consignado en el fondo respectivo.

Ahora bien, en el evento en que la administración no hubiera dado cumplimiento a los estrictos términos legales que la ley concede para la liquidación y/o consignación de las cesantías en la fecha que la ley impone, tampoco podría aplicarse la figura extintiva en perjuicio del trabajador, pues ello implicaría que el incumplimiento del deber legal por parte del empleador redundaría en su propio beneficio y en contra del empleado, imponiendo a este una carga desproporcionada que no tiene porqué soportar, es decir, la extinción de su derecho producto de la negligencia de su empleador.

Además, se estaría dando un trato desigual respecto del empleado que contó con la fortuna de tener un empleador que cumplió con la ley y las obligaciones que ella le impone.

Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.

No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor.

En los anteriores términos se precisa que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno.

(...)

Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías".

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

(...)

El anterior análisis nos lleva a considerar que la segunda tesis planteada, es decir, la que sugiere la prescripción trienal de la sanción moratoria, incluso durante la vigencia del vínculo laboral, está más acorde, no solo con la realidad fáctica de la controversia, sino con la disposición legal que la consagra, como pasa a explicarse:

De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que "el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.

Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.

La anterior interpretación además es consecuente con el hecho de que de conformidad con lo previsto en el inciso 1 del artículo 104 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, y teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual.

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción.

Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.

(...)

La indemnización moratoria está prevista a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago, pero no impone un límite temporal para su reconocimiento, por lo que, en principio, se entendería que corre desde el momento mismo en que se produce la mora hasta cuando se hace efectivo el pago.

No obstante, puede ocurrir que el pago de las cesantías anualizadas se extienda en el tiempo, y transcurran no solo días y meses, sino muchos años, e incluso puede permanecer la mora hasta cuando se produzca el retiro del servicio, en tales circunstancias, se han planteado dos teorías en relación con ese límite, una de las cuales determina que se suspende al momento del retiro del servicio, tiempo en el cual cesa la obligación de pagar las cesantías anualizadas, y la otra, que cesa en el instante a partir del cual empieza a correr la mora de las cesantías definitivas.

(...)

Como se señaló en la primera de las providencias citadas dentro de este aparte, al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagar las cesantías definitivas, por ende, hasta esa fecha podría correr la sanción producto de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, pues a partir de ese momento empiezan a correr nuevos términos, del lado del trabajador, para reclamar sus prestaciones definitivas, y del lado del empleador, para cumplir los plazos y términos concedidos por la ley para pagar la integridad de las prestaciones definitivas debidas, dentro de las cuales se encuentran las cesantías.

Y como no puede haber simultaneidad o concurrencia de una y otra de las indemnizaciones moratorias, es decir, las que se producen a causa de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas y las que surgen de la mora en el pago de las definitivas, deberá tomarse como límite final la fecha de la desvinculación del servicio, para efecto de la causación de la mora en el pago de las cesantías definitivas, acogiendo la primera postura planteada.

(...)

Según una tendencia, derivada de providencias proferidas por diferentes tribunales del país, el salario a tener en cuenta para la liquidación de la indemnización moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías anualizadas, podría ser aquel con base en el cual se liquidaron las cesantías; sin embargo, otra tendencia sugiere que es el salario que el empleado devenga cuando se causa la obligación, es decir, cuando surge la indemnización moratoria, el que ha de tenerse en cuenta para esos efectos, o sea aquel que el empleado devenga en el año siguiente, toda vez que la obligación de consignar las cesantías debe cumplirse antes del 15 de febrero del año siguiente al de la causación de la prestación.

El segundo supuesto planteado, tiene mayor acogida en la Sala, considerando que si bien es cierto las cesantías anualizadas se causan con corte a 31 de diciembre de cada año y se liquidan con base en el salario devengado en ese año, también lo es que la obligación de consignación en el fondo administrador de cesantías está dispuesta por el legislador, para antes del 15 de febrero del año siguiente, y la mora como tal, se produce ante el desconocimiento de esa fecha, por ende, si a partir de allí surge la obligación denominada "indemnización por mora", es el salario que el empleado devenga al momento en que surge la mora, el que ha de tenerse como base para la liquidación de la indemnización.

Precisado lo anterior, y como quiera que hay eventos en que la mora se extiende por más de un año y se produce por periodos sucesivos, es imperioso hacer una excepción a la regla planteada, no sin antes advertir que en el evento en que el empleador se retrase en la consignación de

diferentes periodos de cesantías anualizadas, en forma sucesiva e incluso concurrente, no corre en forma independiente un día de salario por cada día de mora por cada uno de los periodos de cesantías debidos, sino que en el supuesto en que se produzca tal acumulación de periodos anuales de cesantías debidas, corre una única sanción que va desde el primer día de mora que se causó respecto del primer periodo, hasta aquél en que se produzca el pago de la prestación, o el retiro del servicio, atendiendo los parámetros dados en los acápite previos [...].

[...]

En las anteriores condiciones, cuando se produzca mora en la consignación de anualidades sucesivas de cesantías, ante la imposibilidad de aplicarse una mora individual para cada una de ellas, surge la necesidad de hacer precisión en el salario que se ha de tener en cuenta a partir de que concurren dos años en mora.

Como se precisó anteriormente, el salario para liquidar la indemnización moratoria será el que devengue el empleado en el año en que se produzca la mora, pero si esa mora se extiende en el tiempo, a tal punto que surja el derecho a la consignación de un nuevo periodo anualizado de cesantías, a partir de que se desconozca el término para la consignación de ese último periodo, la indemnización moratoria deberá liquidarse con el salario que corresponda al último.

[...]

Conclusiones

1. Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.
2. La sanción o indemnización moratoria si está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.
3. La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.
4. La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.
5. El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.

[...]

Con base en las anteriores consideraciones y en la jurisprudencia transcrita se puede decir que si bien en el proceso de restructuración se deben supeditar derechos individuales del acreedor, al colectivo de satisfacer todos los créditos en igualdad de condiciones, también lo es que dicho sacrificio no puede ser de tal magnitud que conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales que puedan ser trasgredidos por un Acuerdo que cercene créditos laborales legalmente adquiridos.

En otras palabras, no puede el deudor aprovecharse de su insolvencia y someter al acreedor a que opte sí o sí por la renuncia de unos derechos que causó.

Es cierto que los acuerdos de reestructuración celebrados en los términos previstos en la Ley 550 son de obligatorio cumplimiento para el empresario y para todos los acreedores, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en ella (Artículo 34 Ley 550 de 1999).

También lo es que a pesar de que en el expediente existe prueba de que la demandante en calidad de acreedora del municipio, hizo parte de ese proceso y se consolidó a su favor un valor por concepto de las cesantías debidas, no hay prueba de que hubiera consentido en la condonación del pago de la indemnización por mora en el pago de tal prestación.

Con todo, la Sala considera que la Administración no debió desconocer la obligación preexistente que tenía con la actora en cuanto a la sanción por mora en el pago de las cesantías, por la potísima razón de que en los Acuerdos de reestructuración "Todas las obligaciones se atenderán con sujeción a lo dispuesto en el acuerdo, y quedarán sujetas a lo que se establezca en él en cuanto a rebajas, disminución de intereses y concesión de plazos o prórrogas, aun sin el voto favorable del respectivo acreedor..." (Artículo 34 Numeral 8 Ley 550 de 1999).

Así pues, las obligaciones preexistentes a la celebración del acuerdo no se desconocen, sino que se ATIENDEN y se sujetan a rebajas, a disminución de intereses, a plazos o a prórrogas, pero en ningún momento se permite que el deudor insolvente las desatienda, las desconozca o peor aún, se auto absuelva de ellas.

Si lo hace con la excusa de ser la única forma de poder reconocer todas sus acreencias, se estaría aprovechando, irónicamente, de su situación crítica financiera y llevaría a que frente a su acreedor obtenga una posición dominante que no se compadece con el espíritu de la figura de saneamiento económico que contiene la Ley 550, en tanto no garantiza la equidad en el acuerdo".

FUENTES: Artículo 99 de la Ley 50 de 1990; Ley 344 de 1996; artículo 151 Código de Procedimiento Laboral; Ley 244 de 1995 y artículo 58 de la Ley 550 de 1999.

DECISIÓN:

"Primero. MODIFÍCANSE los numerales segundo y cuarto de la sentencia del veintiséis (26) de octubre de dos mil doce (2012) proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Subsección de Descongestión, dentro del proceso promovido por Yesenia Esther Hereira Castillo en contra del municipio de Soledad, los cuales quedarán en los siguientes términos:

Segundo. Declarar probada la excepción denominada "prescripción" respecto de las porciones de sanción moratoria causadas con anterioridad al 28 de octubre de 2007.

Cuarto. Ordenar a título de restablecimiento del derecho, al municipio de Soledad, reconocer y pagar a la señora Yesenia Esther Hereira Castillo, la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, a partir del 28 de octubre de 2007 y hasta cuando se haga efectiva la consignación de las cesantías debidas."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, Yesenia Esther Hereira Castillo solicita al Tribunal declarar nulo el oficio S.T.H. 990.10 de 24 de noviembre de 2010 emanado de la Oficina de Talento Humano del municipio de Soledad, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, derivado del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo.

Como consecuencia de tal declaración pide que se condene al municipio de Soledad a pagar la sanción moratoria consagrada en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998 que a su vez remite a los artículos 99 a 104 de la Ley 50 de 1990, que surge desde la omisión de la consignación de las cesantías causadas en el año 2003 y las siguientes que se causaron hasta el año 2008, con permanencia en el tiempo hasta cuando se produzca la consignación correspondiente, sanción que debe correr en forma particular para cada una de las anualidades de cesantías que se adeudan, y que se actualicen los valores debidos, con base en el índice de precios al consumidor y con los intereses respectivos.

Como hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, relata los que se resumen a continuación:

Labora en el municipio de Soledad Atlántico en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 02 adscrito a la planta global de la administración central del municipio, desde el 12 de noviembre de 2003 y a la fecha aún presta sus servicios en la entidad territorial.

El municipio de Soledad no consignó dentro del plazo fijado en las normas previamente mencionadas, las cesantías correspondientes a los años 2003 a 2008, es decir, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, término consagrado para los trabajadores que se hubieran vinculado a la administración a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se hayan acogido al régimen previsto en las aludidas normas.

Debido a ese incumplimiento, la administración municipal está llamada a reconocer y pagar a su favor el equivalente a un día de salario por cada día de mora; sin embargo, no ha reconocido tal sanción ocasionada por su retardo.

El 28 de octubre de 2010 presentó reclamación tendiente al reconocimiento y pago de la sanción mencionada, la que fue resulta a través del oficio S.T.H. 990.10 en el que se despachó desfavorablemente su pretensión.

El oficio en cita fue dirigido a un sinnúmero de empleados públicos que, al parecer, habían realizado similar reclamación, a pesar de que su petición fue de carácter individual y concreto y por ende, debe ser tenido como el acto administrativo particular que modificó su situación jurídica individual, subjetiva y concreta.

La decisión contenida en el acto presenta vicios de ilegalidad en cuanto desconoce completamente el contenido de las normas que regulan el régimen legal de cesantías de los servidores públicos.

El acto administrativo quedó en firme, porque no se interpusieron los recursos en vía gubernativa".

DECISIÓN:

"El Tribunal declaró no probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, declaró probada la de prescripción de la sanción causada durante los años 2003 a 2006 y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Sostuvo que como la demandante se vinculó a la administración municipal de Soledad en el año 2003, es aplicable el régimen anualizado de cesantías, que se hizo extensivo a las autoridades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

Adujo que por el hecho de haberse reclamado tardíamente el pago de la sanción moratoria de cesantías, es decir, hasta el 28 de octubre de 2010, se encuentran prescritas las causadas con 3 años de anterioridad a tal solicitud, es decir, las originadas antes del 28 de octubre de 2007.

No obstante, como la liquidación de cesantías anualizada se realiza con corte a 31 de diciembre del año anterior y su pago procede a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su causación, el derecho a la sanción moratoria que se podría reclamar surge de la prestación causada a partir del año 2007, por encontrarse prescrito el derecho.

Siendo así, la mora empezaría a correr desde el 16 de febrero de 2008 y hasta el día en que se realice efectivamente la consignación respectiva”.

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16	FECHA: 25/08/16
PONENTE: Carmelo Perdomo Cuéter		ACTOR: Lucinda María Cordero Causil	
DEMANDADO: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la seguridad social.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Artículos 138 y 271 del CPACA; artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969; artículos 13A y 14 del Reglamento Interno del Consejo de Estado [Acuerdo 58 de 1999].**TEMA PRINCIPAL:** Contrato realidad.**TEMAS COMPLEMENTARIOS:** Prescripción de los derechos laborales. Imprescriptibilidad del derecho pensional. Reclamaciones de los aportes pensionales: no opera la caducidad. Derechos laborales irrenunciables: no son conciliables. Principio *in dubio pro operario*. Principio de no regresividad. Principio de *iura novit curia*. Contratos estatales de prestación de servicios.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Inconforme con la anterior sentencia, la demandante, mediante apoderada, interpuso recurso de apelación, al considerar que el Consejo de Estado no ha señalado ningún término prescriptivo para la reclamación de las prestaciones de un trabajador vinculado por contrato de prestación de servicios, pues solo ha dicho que "...a partir de la sentencia que se profiera en que se reconozca la existencia de un vínculo laboral es que comienza a contarse el término prescriptivo."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"En este orden de ideas, si bien en virtud del artículo 53 de la Constitución Política los beneficios laborales mínimos de los trabajadores comportan carácter irrenunciable, el legislador ha previsto la prescripción extintiva de esos derechos, fundamentalmente con el propósito constitucional de salvaguardar la seguridad jurídica en relación con litigios que han de ventilarse ante los jueces frente a la inactividad del servidor de reclamar su pago oportunamente. Por lo tanto, para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra el interregno preestablecido durante el cual no se hayan realizado las correspondientes solicitudes.

Por otro lado, también resulta oportuno evocar el artículo 12 del convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Colombia mediante la Ley 54 de 1962, acerca de la protección del salario, que valga aclarar integra el llamado bloque de constitucionalidad, conforme al artículo 93 (inciso 1º) superior, dado que atañe a derechos humanos y en tal virtud prevalece en el orden interno y es de aplicación directa. Dicha disposición establece:

"1. El salario se deberá pagar a intervalos regulares. A menos que existan otros arreglos satisfactorios que garanticen el pago del salario a intervalos regulares, los intervalos a los que el salario deba pagarse se establecerán por la legislación nacional o se fijarán por un contrato colectivo o un laudo arbitral.

2. **Cuando se termine el contrato de trabajo se deberá efectuar un ajuste final de todos los salarios debidos, de conformidad con la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral, o, en defecto de dicha legislación, contrato o laudo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de los términos del contrato"** (negrilla de la Sala).

De la anterior disposición se destaca la obligación de garantizar que dentro de un "*plazo razonable*" se satisfaga cualquier remuneración derivada de la finalización del vínculo laboral, lapso que corre a partir de ese mismo momento.

(...)

Así las cosas, se itera, que el fenómeno jurídico de la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendientes entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues *contrario sensu* resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o exempleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este (en atención a las indemnizaciones o intereses moratorios que se podrían causar) y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado.

Para efectos de dar aplicación a la prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, según los cuales el término prescriptivo ha de contabilizarse a partir del momento en que el derecho se hace exigible, resulta pertinente estudiar en las controversias conocidas bajo el rótulo de contrato realidad desde cuándo ha de entenderse que el derecho es exigible.

(...)

En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la *"...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales"* (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

- i) El derecho a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales (entre estos, el derecho a la pensión), que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.

- ii) El principio *in dubio pro operario*, conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.
- iii) El derecho constitucional fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.
- iv) El principio de no regresividad, que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial.

En tal sentido, el juez solo podrá analizar la prescripción en cada caso concreto, una vez abordada y comprobada la existencia de dicha relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral), por lo que su estudio deberá ser objeto de la sentencia.

Igualmente, en atención a que el derecho a una pensión redundan en la calidad de vida de aquella persona que entregó al Estado su fuerza de trabajo en aras de su propia subsistencia, e incluso de la de su familia, tanto para recibir una contraprestación por su servicio como para llegar a obtener beneficios que cubran contingencias derivadas de la vejez o invalidez, el juez contencioso deberá estudiar en todas las demandas en las que proceda el reconocimiento de una relación laboral (contrato realidad), así no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones debidas por la Administración al sistema de seguridad social en pensiones, pues si bien es cierto que la justicia contencioso-administrativa es rogada, es decir, que el demandante tiene la carga procesal de individualizar las pretensiones condenatorias o declaratorias (diferentes a la anulación del acto) con claridad y precisión en el texto de la demanda respecto de las cuales

el juez deberá pronunciarse en la sentencia (principio de congruencia), también lo es que este mandato legal debe ceder a los postulados superiores, cuanto más respecto de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social, puesto que *"La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores"* (artículo 48 de la C. P.), como extremo débil de la relación laboral, que imponen a las autoridades estatales la obligación de adoptar medidas tendientes a su protección efectiva, ya que sería mayor el menoscabo para la persona cuando llegare a acceder a un derecho pensional (sea por vejez o invalidez) con un monto que no reconoce la fuerza laboral que entregó a su empleador, frente a los demás que sí obtuvieron todos los beneficios a los que se tiene derecho en un contrato de trabajo (principio de proporcionalidad).

Lo anterior, además por cuanto al hallarse involucrados derechos de linaje constitucional fundamental, ha de privilegiarse el principio de *iura novit curia*, en virtud del cual al juez le incumbe aplicar el derecho pese a que este sea diferente al invocado por las partes, pues es su deber estudiar el asunto de acuerdo con los hechos y el derecho vigente, por lo que se insiste en que el juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, en tanto que aquellos derechos son de aplicación judicial inmediata y evidenciada su vulneración, en aras de su prevalencia sobre el derecho procesal, habrán de adoptarse las medidas jurídicas necesarias para su restablecimiento, lo cual encuentra respaldo en lo expuesto por la Corte Constitucional, en sentencia C-197 de 1999, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, en el sentido de que *"...cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación"*, por lo cual lo anotado no implica la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador a favor de quien se ha declarado la existencia de una relación laboral con la Administración.

(...)

Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

(...)

... el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

(...)

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado "*contrato realidad*" aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

(...)

La Corte Constitucional (...) sostuvo además que la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, de conformidad con "*Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a esta la protección de las normas laborales*".

Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada de las subsecciones de esta Sala, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.

Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios, comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno, de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del Magisterio.

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes - empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia

de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.

(...)

Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfracó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo.

Pero lo anterior no es óbice para que la persona [demandante] reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA *"Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño"*, sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé.

Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén.

(...)

3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

- i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.
- ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.
- iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.
- iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).
- v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.
- vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).
- vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados."

FUENTES: Artículos 13 y 53 de la Constitución Política; artículo 12 del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; artículo 104 de la Ley 115 de 1994; artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA; artículo 2 del Decreto 2400 de 1968; artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979; sentencias C- 072 de 1994, C-154 de 1997, C-197 de 1999 y C-916 de 2010; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 28 de mayo de 2015, Rad.: 45985.

DECISIÓN:

1º Unifícase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que (i) quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, (ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal; (iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control; (v) tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; (vi) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral; y (vii) el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.

2º Unifícase la jurisprudencia en lo referente a que en las controversias relacionadas con el contrato realidad, (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados, por las razones indicadas en la motivación.

3º Revócase la sentencia de treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, sala tercera de decisión, que negó las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por la señora Lucinda María Cordero Causil contra el municipio de Ciénaga de Oro, conforme a la parte motiva, y en su lugar:

4º Declárase la nulidad del oficio 514 de 6 de noviembre de 2012 y de la Resolución 475 de 17 de diciembre del mismo año, en cuanto el alcalde de Ciénaga de Oro le negó a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral desde el 1º de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, de acuerdo con la motivación.

5º Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, ordénase al municipio de Ciénaga de Oro tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, en armonía con lo dicho en la parte motiva.

6° El municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = \frac{\text{Rh. índice final}}{\text{índice inicial}}$$

7° El municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

8° Declárase que el tiempo laborado por la señora Lucinda María Cordero Causil al municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) como docente bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, desde el 1° de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

9° Niéganse las pretensiones relacionadas con el pago de cesantías, primas de servicios y navidad, vacaciones, dotaciones y auxilio de transporte, por haber operado la prescripción trienal, como se indicó en la motivación.

10. Sin costas en las dos instancias".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Relata la demandante que prestó sus servicios al municipio de Ciénaga de Oro por 13 años y 1 mes, tiempo en el que no se le pagaron sus prestaciones sociales.

Que (i) desde el 1 de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios, como *"maestra municipal"*; (ii) para el año 1998 fue *"... amparada por la ley 60 y 115 situación legalizada a través del decreto N° 057 de enero 31 de 2002 por no estar certificado el municipio..."* (sic); (iii) continuó vinculada como maestra en la escuela *"nuevas aguascoloradas"* desde el *"...01 de febrero de 2002 hasta [el] 10 de Marzo de 2011"* (sic); y (iv) fue declarada *"...insubsistente mediante decreto 1041 de 12 de julio de 2010 sin que [en] dicho acto mediara el por qué [sic] se estaba tomando esta decisión"*.

Aduce que se trató de una verdadera relación laboral, por cuanto prestó sus servicios como docente de tiempo completo en la *"escuela El Brujo"* bajo subordinación, en tanto cumplía las órdenes del rector de dicha institución y el secretario de educación municipal en iguales condiciones que los demás profesores de planta (horario, reglamento escolar, preparación de clases y reuniones periódicas) pero bajo la figura del contrato estatal, para el empleador evitar el pago de prestaciones sociales y los aportes a seguridad social a su cargo.

Que su última remuneración fue de \$1.250.000, *"...por encontrarse en el Grado 09 del escalafón docente..."*.

Afirma que el 16 de octubre de 2012, solicitó el reconocimiento de sus derechos salariales y previsionales, lo que le fue negado mediante oficio 514 de 6 de noviembre de la misma anualidad, confirmado con Resolución 475 de 17 de diciembre siguiente, actos administrativos demandados."

[...]

"1.1 El medio de control (ff. 1 a 9). La señora Lucinda María Cordero Causil, mediante apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad de (i) la "RESOLUCIÓN" (sic) 514 de 6 de noviembre de 2012, suscrita por el alcalde del municipio de Ciénaga de Oro, que negó la "*...existencia de la relación laboral y el consecuente pago de los derechos laborales y prestaciones reclamados...*", y (ii) la Resolución 475 de 17 de diciembre del mismo año, con la cual se desató el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, en el sentido de confirmarla.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento y pago de las sumas (debidamente actualizadas) correspondientes a cesantías, primas de servicios y navidad, salario de vacaciones durante los años 1986 a 2002, dotaciones, auxilio de transporte e indemnización moratoria; y se condene en costas al demandado."

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo de Córdoba, sala tercera de decisión, en sentencia de 30 de septiembre de 2014, negó las súplicas de la demanda".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Sandra Lisset Ibarra Vélez y William Hernández Gómez.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Segunda	RADICADO: 25000-23-42-000-2013-04676-01(2686-14)	FECHA: 07/12/16
PONENTE: Sandra Lisset Ibarra Vélez		ACTOR: Stella Contreras Gómez	
DEMANDADO: Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la seguridad social.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 23 del Decreto Ley 929 de 1976.

TEMA PRINCIPAL: Régimen pensional de la Contraloría General de la República: manera como debe computarse el quinquenio, como factor salarial, en la base de liquidación pensional de los beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976.

TEMAS COMPLEMENTARIOS: No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La parte actora formuló recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia, argumentando que para reliquidar su pensión de vejez, la demandada debió incluir el quinquenio devengado durante el semestre final de labores, conforme al valor que respecto de dicho rubro, certificó la Dirección de Talento Humano de la Contraloría General de la República y que en su concepto se encuentra acorde con el contenido del artículo 23 del Decreto Ley 923 de 2004, que habla claramente de un mes de remuneración por cada periodo de cinco años cumplidos al servicio de la institución, es decir, que si un funcionario laboró al servicio de la citada entidad por 25 años, el valor de la última bonificación especial quinquenal es el resultado de multiplicar la última remuneración por los cinco periodos quinquenales cumplidos.

Citó apartes de las sentencias dictadas por el Consejo de Estado dentro de los procesos con radicación interna 3588-2002 de la cual fue ponente el Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, y 0091-09, cuya ponencia correspondió al Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, en las que se planteó que el quinquenio es factor salarial y debe computarse en su totalidad dentro de la base de liquidación pensional, siempre y cuando haya sido devengado en el último semestre de labores.

Finalmente, manifestó su desacuerdo en relación con el fallo apelado, en cuanto declaró probada la prescripción trienal, frente a lo que argumentó, que la demandada en sede administrativa tardó en pronunciarse sobre la solicitud de reliquidación pensional, razón por la que dicha circunstancia no puede afectarle, y en tal sentido, solicitó que el término de interrupción de la prescripción debe contarse a partir de la fecha de presentación de la demanda, pues conforme a lo previsto por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, la reclamación ante la administración suspende la prescripción por el termino de tres años.

A su turno, la **UGPP**, apeló la sentencia primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

Señaló, que la decisión de primera instancia debe ser revocada, en consideración a que el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la actora, se realizó conforme a derecho y teniendo en cuenta que la cobija un régimen especial, por lo que dio aplicación a la Ley 100 de 1993 para determinar su IBL, específicamente en lo dispuesto por los incisos segundo y tercero del artículo 36 idem, y con los factores enunciados por el Decreto 1158 de 1994.

Manifestó que la liquidación de la pensión referida, conforme quedó plasmado en la resolución UGM 012221 del 5 de octubre de 2011, se encuentra ajustada a derecho por cuanto fue reliquidada en los términos del artículo 7 del Decreto Ley 929 de 1976, esto es, con el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre de labores y teniendo en cuenta los factores salariales de asignación básica, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y quinquenio, conforme fueron certificados por la Dirección de Talento Humano de la Contraloría General de la República.

Mencionó, que se aparta de lo dispuesto en la sentencia recurrida con relación a la bonificación especial o quinquenio, dado que dicho factor ha debido incorporarse de manera proporcional para la determinación del IBL pensional, dividiendo el valor de lo devengado por dicho concepto, entre los cinco años que sirvieron para su causación, posteriormente dividir el resultado entre los doce meses del año, y finalmente incluir esa doceava parte dentro de la base liquidatoria mensual del semestre que comprende el periodo para calcular el monto de la pensión, en los términos del artículo 7 del Decreto Ley 929 de 1976.

Refirió que el fallo impugnado no precisó lo correspondiente a la obligación de realizar los aportes conforme lo prescribe la Ley 62 de 1985.

Finalmente, señaló que la demandada no incurrió en comportamientos o actuaciones que justificaran la condena en costas que le fue impuesta".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"De la bonificación especial o quinquenio y su inclusión como factor de liquidación pensional (...)

...se advierte que los elementos de esta bonificación o quinquenio son los siguientes: (i) su monto es de un mes de remuneración; (ii) se obtiene por cada periodo de cinco años de servicios en la institución; y (iii) para recibirla es necesario no haber tenido sanción disciplinaria ni de ningún otro orden dentro del respectivo periodo.

La prestación en comento se reconoce a partir de la vigencia del Decreto Ley 929 de 1976; a aquellos funcionarios de la Contraloría General de la República que cumplan cinco años al servicio de la entidad, siempre y cuando no hayan sido sancionados.

(...)

...el quinquenio para efectos pensionales debe tenerse en cuenta como factor según lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto Ley 929 de 1976, con «un mes de remuneración», no con la totalidad de la suma devengada por quinquenio, que en muchas ocasiones supera el mes de remuneración. Lo anterior pues al analizar el contenido de la norma trascrita, la Sala observa que no existen expresiones oscuras o palabras técnicas o con significado legal especial; por el contrario, la disposición acude a un lenguaje usual y de fácil comprensión, lo cual determina el uso de la regla de interpretación del artículo 28 del Código Civil que establece atender al sentido natural y obvio de las palabras usadas por el legislador.

Definido lo anterior, corresponde determinar en qué cuantía o proporción se tendrá en cuenta el referido factor al momento de computarlo o incluirlo en el IBL de los beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976.

(...)

...la lectura atenta de la norma en mención evidencia, en aplicación del método gramatical, que dicho enunciado normativo no señala cómo debe computarse el quinquenio en el IBL de los beneficiarios del referido decreto; pues, el artículo 7 del Decreto Ley 929 de 1976 sobre este punto únicamente prescribe que la pensión de jubilación de los funcionarios de la Contraloría General de la República será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre sin definir la cuantía o proporción en la que se tomarán los factores de salario.

Entonces y con el propósito de clarificar este aspecto, acude la Sala nuevamente al contenido del artículo 23 del Decreto Ley 929 de 1976 que define la forma como se paga la bonificación quinquenal, encontrando que dicho factor salarial consiste en un mes de remuneración por cada período de cinco años al servicio de la institución.

Para resolver este asunto la Sala tendrá en cuenta además el momento de causación de los factores de salario que están previstos por la ley, para hacer parte del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, pues de un lado, el salario básico que constituye el principal referente para remunerar el trabajo prestado por el empleado, se incluye en su totalidad debido a que se percibe de manera mensual, mientras que el quinquenio que corresponde a un mes de remuneración por cada período de cinco años al servicio de la entidad debe ser incluido en una doceava parte, lo cual es consecuente no solo con la inclusión de los factores en todas las bases liquidatorias de las pensiones aun siendo especiales, sino también con la tradición jurisprudencial de dividir aquellos concepto salariales que se causan en periodos distinto al mes.

Así las cosas, en el IBL pensional de los beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976 el quinquenio, esto es, un mes de remuneración, debe computarse en cuantía de una doceava parte.

A partir de las anteriores consideraciones la Sala define la siguiente regla jurisprudencial.

Regla jurisprudencial

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado reitera y unifica su jurisprudencia en torno a la manera de calcular el quinquenio en la base de liquidación de la pensión de los servidores de la Contraloría General de la República, beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976, y fija la siguiente regla jurisprudencial para decidir las controversias judiciales en las que se discuta dicho asunto:

“En el IBL pensional de los beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976, el quinquenio debe entenderse teniendo en cuenta un mes de remuneración fraccionado en una doceava parte”.

FUENTES: Decreto Ley 720 de 1978; artículo 41 del Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Decreto 1045 de 1978; Resolución 08445 del 7 de octubre de 1980 de la Contraloría General de la República; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 11 de marzo de 2010, Rad.: 0091-09; C. P.: Luis Rafael Vergara Quintero; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 14 de septiembre de 2011, Rad.: 0899-2011, C. P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

DECISIÓN:

PRIMERO. UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con la manera como se calcula el IBL pensional de los beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976, en el sentido de definir que el quinquenio deberá tomarse como un mes de remuneración, sin importar que haya devengado una suma mayor por este concepto, conforme lo establecido en el artículo 23 del mismo.

SEGUNDO. UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con la manera como se tendrá en cuenta el mes de remuneración-quinquenio a efectos de integrar el IBL pensional de los beneficiarios del Decreto Ley 929 de 1976, en el sentido de definir que el quinquenio- mes de remuneración deberá tomarse en una doceava parte.

TERCERO. CONFIRMAR parcialmente la sentencia del 9 de abril de 2014, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, accedió a las pretensiones de la demanda presentada por Stella Contreras Gómez contra la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), en cuanto declaró la nulidad parcial de los actos acusados y ordenó reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante los últimos seis meses de servicios, con los siguientes factores: sueldo, bonificación por servicios prestados, quinquenio, primas de servicios, vacaciones y navidad.

CUARTO. ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de ordenar a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante los últimos seis meses de servicios, teniendo en cuenta los siguientes factores: sueldo, bonificación por servicios prestados, quinquenio, primas de servicios, vacaciones y navidad. En el caso de la bonificación quinquenal, se tendrá en cuenta un mes de remuneración en una doceava parte.

QUINTO. REVOCAR el numeral octavo de la parte resolutive de la sentencia apelada conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, y en su lugar, abstenerse de condenar en costas a la demandada".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

La demandante "señaló que prestó sus servicios a la Contraloría General de la República desde el 9 de junio de 1981 hasta el 30 de noviembre de 2006, retirándose de dicha entidad el primero de diciembre de 2006, fecha para la cual, desempeñaba el cargo de Profesional Universitario - Grado 01.

Aseguró que Cajanal EICE, le reconoció pensión de jubilación mediante la resolución AMB 22201 del 27 de mayo de 2008, con efectividad a partir del 27 de octubre de 2007, cuyo IBL fue calculado con el promedio de lo devengado como salario durante los últimos diez años y únicamente con los factores de asignación básica y bonificación por servicios prestados; desconociendo que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Presentó solicitud de reliquidación pensional el 16 de diciembre de 2008, y ante el silencio de la administración promovió acción de tutela, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 24 Penal del Circuito de Bogotá, que mediante fallo de 28 abril de 2009 amparó su derecho de petición, a partir de lo cual fue dictada la resolución UGM 012221 del 5 de octubre de 2011, en la que según su criterio, nuevamente desconoció lo señalado por el Decreto Ley 929 de 1976, en cuanto a la forma de liquidar su prestación pensional, toda vez que los factores allí computados se incluyeron en cifras inferiores a las que certificó la entidad demandada."

"Se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovido por Stella Contreras Gómez en contra de la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en adelante UGPP, tendiente a declarar la nulidad parcial de las resoluciones AMB 22201 de 27 de mayo de 2008, que le reconoció la pensión mensual por vejez en cuantía de \$1'262.757.21; UGM 012221 de 5 de octubre de 2011, mediante la cual, se reliquidó la citada prestación en cumplimiento del fallo de tutela dictado por el Juzgado 24 Penal del Circuito de Bogotá, y UGM 049633 de 14 de junio de 2012, que resolvió el recurso de reposición formulado contra el acto principal, en el sentido de confirmar su contenido.

A título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la demandada a reconocer, reliquidar y pagar de manera indexada su pensión de vejez con el 75% de la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último semestre en que prestó sus servicios a la Contraloría General de la República; y de acuerdo a los factores salariales certificados por dicha entidad, pagar los intereses de mora y las costas procesales; y dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 189 y 192 del CPACA.

(...)

Planteó como único cargo de nulidad de los actos acusados, el de violación normativa, sustentado en que la controversia versa sobre la determinación del monto de su pensión de jubilación, por cuanto el IBL definido en los actos demandados, no incorporó el promedio de la totalidad de factores salariales devengados durante el último semestre de servicios, conforme lo prescribe el artículo 7 del Decreto Ley 929 de 1976.

Adujo que la entidad demandada vulneró su derecho a la igualdad, por cuanto en otras oportunidades reconoció pensiones a exfuncionarios de la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo previsto en el decreto referido y con la inclusión de la bonificación especial o quinquenio dentro de la base de liquidación pensional".

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, a través de sentencia de 9 de abril de 2014, reconoció a la demandante su condición de beneficiaria del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993; y consideró procedente aplicarle la normatividad contenida en los Decretos Ley 929 de 1976, 720 de 1978 y 1045 de 1978 para determinar el IBL de su pensión de vejez.

Por lo anterior, declaró la nulidad parcial de los actos enjuiciados y ordenó reliquidar la pensión reconocida a la actora, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante los últimos seis meses de servicios, conforme lo certificado por la Directora de Talento Humano de la Contraloría General de la República, incluyendo los siguientes factores: sueldo, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación especial quinquenal, fraccionados en una sexta parte a partir del 27 de octubre de 2007; pero con efectos fiscales a partir del 14 de agosto de 2010, por prescripción trienal."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

Ficha
No. 1

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 050012326000199402321-01 (20.104)	FECHA: 09/02/2012
------------------------------------	--	---	-----------------------------

PONENTE: Ruth Stella Correa Palacio**ACTOR:** Sandra Saldarriaga y otros**DEMANDADO:** Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la vida: indemnización de perjuicios materiales e inmateriales.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Decreto 0094 de 1989.**TEMA PRINCIPAL:** Daños autoinfligidos por servidores públicos con armas de dotación oficial.**TEMA COMPLEMENTARIO:** Daño causado por la propia víctima. Nexo de causalidad. Tasación de perjuicios: el perjuicio moral y lucro cesante. Alcance de la sustentación del recurso de apelación de la sentencia.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La parte demandada impugnó la sentencia con los siguientes argumentos:

(i) La aplicación del criterio de falla presunta por la utilización de un arma de fuego presupone la existencia de una acción de la Administración. En el caso concreto no es posible aplicar ese criterio porque el arma con la cual se produjo la muerte del agente fue accionada por él mismo. Por lo que se configura una causal de exoneración de responsabilidad de la entidad.

(ii) De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente quedó establecido que la policía fue diligente en su actuar. Lo extraño es que el paciente no hubiera acudido a su cita con el neurólogo, que fue programada para el 13 de diciembre de 1993, a las 2:00 p.m., caso en el cual pudo habersele concedido una prórroga de la incapacidad, o un tratamiento adecuado. Pero, su actitud omisiva no permite concluir cosa diferente a que el paciente se hallaba en buen estado de salud.

Afirmó que la incapacidad que le concedió el médico de Amagá era provisional, es decir, que estaba sujeta a reducción o ampliación, dependiendo de lo que considerara el médico tratante, el cual le concedió una excusa del servicio por cinco días y una evaluación neurológica que fue ignorada por el paciente. Es decir, que desde ningún punto de vista se dejó de proporcionar atención médica al paciente.

(iii) La entidad no omitió las obligaciones constitucionales y legales que tenía con el agente; por el contrario, se tomaron todas las medidas humanamente posibles para atenderlo y vigilarlo, prueba de ello es que se le retuvo su arma de dotación cuando se percibió su estado de depresión. Fue el mismo agente, con su actuar quien provocó el lamentable suceso, primero dejando de asistir a la cita con el neurólogo y luego, aprovechando la ausencia temporal de sus compañeros, para tomar el arma de dotación de uno de ellos y causarse la muerte."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Si bien, el agente Mejía Patiño era una persona adulta, frente a la cual el Estado, en principio, no estaba en el deber de evitar los daños que pudiera causarse a sí mismo, lo cierto es que este había sufrido una lesión en la cabeza pocos días antes del hecho, que ameritaba valoración neurológica para determinar las secuelas que hubiera podido producirle, sin que se tenga conocimiento de la razón por la cual el agente no asistió a la cita que se le programó en la Clínica de Medellín, justo para el día en el cual este empezó a prestar sus servicios en el corregimiento de Mesopotamia, del municipio de la Unión, por habersele vencido la incapacidad que el médico tratante había establecido. Es decir, no existe certeza de que esa inasistencia sea imputable a él, o a la entidad.

Pero de lo que sí existe certeza es de que el agente Óscar Edwin sufrió un golpe en la cabeza el 6 de diciembre de 1993; que no fue evaluado por el servicio de neurología de la entidad, al cual había sido remitido por el médico que atendió la urgencia en el Hospital de Amagá; que había mostrado un comportamiento extraño antes de su muerte y que el mismo día del hecho, el comandante de la estación de policía le había retirado su arma de dotación oficial, porque había advertido la existencia de riesgo, en razón del estado emocional que manifestaba el occiso.

[...]

Para la Sala, la apelación de un aspecto de la sentencia confiere competencia al juez de segunda instancia para resolver todos esos asuntos, puntos o elementos que estén comprendidos en el mismo, en algunas ocasiones, inclusive, porque su mención resultaría ilógica, pero siempre que la revisión de esos asuntos le resulte favorable al recurrente, por las siguientes razones:

3.2.2.3.1. Los límites que el recurrente traza al juez de segunda instancia con la apelación, de conformidad con la tesis acogida por la Sala, son aquellos aspectos de la sentencia contenidos en la parte resolutive del fallo, en relación con los cuales aquél deberá exponer las razones de su disenso.

La Sala, en la sentencia mediante la cual acogió la tesis señalada, reiteró en varios de sus apartes que el recurrente debía señalar los aspectos del fallo que a su juicio le resultaran desfavorables y sólo estos podían ser objeto de revisión del juez *ad quem*. Se dijo en el fallo, por ejemplo, que: "el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados" por el recurrente; por lo tanto, los demás aspectos del fallo que no fueron cuestionados por el apelante único no pueden ser revisados por el juez *ad quem*; "corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia" y también que "en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior" (se subraya).

Criterio que aparece claramente señalado en aquellos estatutos en los cuales el legislador limita la competencia del *ad quem* a los términos del recurso, como ocurre con la Ley 715, que en materia laboral dispone: "Principio de consonancia: La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación" (subraya fuera del texto).

3.2.2.3.2. En la sentencia a que se viene haciendo alusión, la Sala precisó, además, que la exigencia prevista en el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo de sustentar el recurso de apelación, con el señalamiento de los aspectos que el impugnante considera lesivos para sus intereses y de las razones de su inconformidad, no constituye una simple formalidad irrelevante para el proceso sino el marco conceptual que delimita la competencia del *ad quem*. La sustentación, se añade, tiene como finalidad la garantía del derecho de contradicción, porque de esa manera, la otra parte, beneficiada con la decisión recurrida, puede exponer las razones que a bien tenga para solicitar al juez que mantenga dicha decisión.

3.2.2.3.3. Pero las razones expuestas por el recurrente no constituyen un marco infranqueable para el juez de segunda instancia, dada la salvedad que viene por cuenta de los asuntos que por mandato constitucional o legal deben ser revisados siempre por el juez, con independencia de la aplicación de la tesis acogida por la Sala, conforme a la cual es el recurrente quien delimita el campo de competencia del juez *ad quem*. En otras palabras, las razones señaladas por el recurrente, con el fin de garantizar el derecho de contradicción de la otra parte, no pueden impedir al juez de segunda instancia cumplir con el mandato contenido en el artículo 230 de la Constitución, conforme al cual, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley".

FUENTES: Artículo 230 de la Constitución Política; Decreto 0094 de 1989; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, Exp.: 13232 y 15646.

DECISIÓN:

"MODIFÍCASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas, Chocó, el 31 de octubre de 2000, la cual quedará así:

PRIMERO: Declárase patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional por la muerte del agente Óscar Edwin Mejía Patiño ocurrida el 17 de diciembre de 1993 en el corregimiento de Mesopotamia, municipio de la Unión, Antioquia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, Condénase a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional a pagarle a los demandantes, a título de indemnización por: (i) el daño moral, las siguientes cantidades: a favor de cada uno de los señores Sandra María Saldarriaga, Johan Andrés Mejía Saldarriaga y María Luzmila Patiño de Mejía cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a favor de cada uno de los señores Edison de Jesús y Diana Trinidad Mejía Patiño, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes y (ii) por perjuicios materiales, a favor de Johan Andrés Mejía Saldarriaga la suma de cuarenta y ocho millones quinientos noventa y dos mil seiscientos ochenta y dos pesos [\$48.592.682] y a favor de la señora Sandra María Saldarriaga la suma de setenta y un millones setecientos noventa y seis mil doscientos cuatro pesos [\$71.796.204].

TERCERO: La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, en los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C. C. A.

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"1. El 6 de diciembre de 1993, en el corregimiento Camilocé del municipio de Amagá, Antioquia, el agente de la Policía Óscar Edwin Mejía Patiño fue atacado por dos civiles, quienes le causaron fracturas en el cráneo. Inicialmente se le prestó atención en el Hospital de Amagá. El médico que lo atendió le dio una incapacidad de 35 días. De allí fue remitido al Hospital de la Policía Nacional en Medellín, donde se le dio de alta el 8 de diciembre de 1993, con incapacidad hasta el 13 de diciembre del mismo año y orden de control por neurólogo, el 10 de diciembre.

2. Como consecuencia de esas lesiones, el agente entró en una crisis depresiva. No obstante, se le dio orden de incorporarse al servicio, en el puesto de Mesopotamia, corregimiento del municipio de la Unión, Antioquia, cuando aún se hallaba incapacitado por prescripción del médico que lo atendió en el Hospital de Amaga, sin que allí se le brindara ninguna asistencia médica, ni siquiera se le programó la cita que se había ordenado con el neurólogo.

3. El 16 de diciembre de ese año, el agente Mejía Patiño llamó a su esposa y a su madre y les contó que estaba padeciendo un fuerte dolor de cabeza. La señora Nelly Rendón, quien le suministraba los alimentos y sus compañeros de labores notaron que el agente estaba padeciendo una honda perturbación anímica y emocional y sin embargo, no evitaron el desenlace final. Aproximadamente a las 9:30 p.m. del 17 de diciembre de 1993, el agente vistió su uniforme, a pesar de que ese día no estaba de turno y al parecer se suicidó con un arma asignada a uno de sus compañeros.

4. Se afirmó en la demanda que el daño es imputable al Estado, a título de falla del servicio o de falla presunta del servicio, porque fue causado con arma de dotación oficial de propiedad de la Policía Nacional, en las instalaciones de la Policía; porque el agente fue sometido al ejercicio de su labor mientras se encontraba en precarias condiciones de salud, sin que sus compañeros hubieran hecho nada para impedir el hecho, a pesar de conocer su estado de postración nerviosa y su comportamiento depresivo y anormal.

5. Agregaron que también existen indicios de que su muerte pudo ser causada accidental o intencionalmente por otro compañero, dado que la víctima no tenía arma de dotación al momento de su muerte y no se halló el dinero de la prima que recibió en esa fecha, ni su ropa de civil y demás elementos de uso personal".

DECISIÓN:

"PRIMERO: DECLÁRASE responsable a la Nación - Ministerio de Defensa-Policía Nacional por la muerte del agente Óscar Edwin Mejía Patiño ocurrida el 17 de diciembre de 1993 en el corregimiento de Mesopotamia, municipio de la Unión (A).

SEGUNDO: En consecuencia, se condena al pago de PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES a los actores, de conformidad a lo expresado en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Costas a cargo de la parte demandada".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 180012331000 19990045401 (24392)	FECHA: 23/08/2012
------------------------------------	--	---	-----------------------------

PONENTE: Hernán Andrade Rincón **ACTOR:** Hugo Giraldo Herrera y otros

DEMANDADO: Nación – Rama Judicial y otro

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la vida: reconocimiento de perjuicios materiales e inmateriales en caso de muerte.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 136 del C. C. A.

TEMA PRINCIPAL: Responsabilidad del Estado con ocasión de los atentados terroristas dirigidos directamente contra sus instituciones.

TEMA COMPLEMENTARIO: Perjuicios morales: necesidad de motivación al reconocerlos. Aplicación de las presunciones por parentesco en su reconocimiento, reconocimiento de perjuicios morales a los padres, hermanos, hijos póstumos y abuelos del fallecido.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Las partes dentro del proceso interpusieron recurso de apelación contra la sentencia proferida por el a-quo de la siguiente manera:

1. La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional: La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional no aceptó el argumento según el cual, las instituciones legalmente constituidas y que encarnan la autoridad y la justicia, puedan considerarse un riesgo para la sociedad y, por ello, deban retirarse de determinados sitios a fin de evitar atentados terroristas. Agregó a lo anterior que la Policía Nacional había tomado las medidas de seguridad preventivas conforme a los medios de que se disponía.

2. La parte demandante:

La inconformidad de la parte demandante con la sentencia de primera instancia la hizo radicar en la tasación del monto de los perjuicios morales reconocidos a los padres y hermanos del occiso que considera vulnera el principio de igualdad y califica de discriminatoria en tanto con ella el a quo dejó de lado sin razón que así lo justificara, los lineamientos jurisprudenciales sobre la materia.

De otra parte, expresó su protesta la parte actora con relación a la decisión adoptada por el a quo respecto de los abuelos de la víctima, pues, advierte, su pretensión resarcitoria tuvo como fundamento –además de la condición de terceros civilmente damnificados, su parentesco que en el proceso se demostró debidamente, circunstancia que, en su criterio, permitía presumir el dolor moral por la muerte de su nieto.

Por último, precisó la parte actora, también, como otro aspecto de disconformidad con la decisión de primera instancia, la negativa al reconocimiento indemnizatorio a favor del hijo póstumo, pues considera que la interpretación que soportó la decisión es en extremo “exegética” ya que no tuvo en cuenta que resultaba un contrasentido exigir el reconocimiento del menor por parte de su padre ya fallecido y adujo que la madre del menor, por ausencia de una adecuada asesoría, no obtuvo que los padres de la víctima aceptaran de manera explícita que el menor llevara los apellidos de su padre, circunstancia que –asegura–no significa que se opondan a ello”.

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

“Esta Sala, en sentencia de 19 de abril pasado, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación.

[...]

Por eso mismo, según pone de presente el material probatorio allegado al expediente, tiene que convenirse en que el daño sufrido por la parte actora ocurrió en el marco y por causa del conflicto armado interno, razón por la cual la Sala considera que se debe llegar a idéntica conclusión que a la que se llegó en la ocasión atrás reseñada, vale decir, a la determinación de la responsabilidad en cabeza de la demandada a título de *daño especial*, por las mismas razones allí señaladas y que, en la parte pertinente, ahora la Sala se permite retener en esta providencia.

[...]

De todo lo anterior ha de seguirse que la responsabilidad del Estado en este caso se fundamenta en el deber de acompañamiento a las víctimas del conflicto, quienes se vieron sometidas al rompimiento de las cargas públicas que normalmente debían asumir, circunstancia de desequilibrio que se concretó en la muerte de un miembro de su núcleo familiar, el señor Hugo Alexander Giraldo Buendía, razones –todas estas– que llevan a entender que no resultan de recibo los planteamientos de la demandada en este punto enderezados a obtener la revocación de la sentencia en tanto determinó su responsabilidad, por lo que ha de procederse, a continuación, al estudio del recurso formulado por la parte actora.

[...]

Ahora bien, no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también–, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y

solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al *arbitrium judicis*, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir, el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez, y bajo esa concepción han de entenderse los lineamientos que la jurisprudencia ha llegado a decantar que en ese punto –el del cuántum– obra como referente.

[...]

Como atrás se indicó, la jurisprudencia de la Sección ha entendido que las reglas de la experiencia ponen de presente que normalmente sufren dolor moral los padres, hijos, hermanos, abuelos, con la pérdida de un ser querido, razón por la cual es posible presumir su causación con la sola acreditación de la relación de parentesco.

[...]

Sobre el reconocimiento de perjuicios al hijo póstumo del fallecido, la jurisprudencia de la Sala ha aceptado la posibilidad de hacerlo, previa demostración de tal condición."

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2002; Corte Constitucional, sentencia T-934 de 2009.

DECISIÓN:

Modificó la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2.002 por el Tribunal Administrativo del Caquetá de la siguiente manera:

"PRIMERO. DECLARAR administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional por los daños por la parte actora en hechos sucedidos el día 29 de marzo de 1998 en la población de Puerto Rico (Caquetá.)

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional al pago de los siguientes valores:

A) Por concepto de perjuicios morales a favor de **Hugo Giraldo Herrera, María Emilia Buendía, Linabel Arias Lozano y Hugo Alexander Arias Lozano**, el equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales para cada uno; para **Amidabad Roa Buendía, Gloria Patricia Giraldo Buendía, Óscar Fernando Giraldo Buendía, Luis Ernesto Giraldo Salazar, María Gisela Giraldo Salazar, Isabel Herrera Domínguez, Luis Benigno Buendía Santillana y Virginia Ciceri** el equivalente en pesos a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales para cada uno.

B) Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a favor de **Linabel Arias Lozano**, la suma de **ciento dieciocho millones noventa y un mil once pesos con cinco centavos mcte. (\$118.091.011,05)**; y a favor de **Hugo Alexander Arias Lozano**, la suma de **ciento un millones novecientos ochenta mil novecientos dieciséis pesos con cuarenta y cuatro centavos mcte. (\$101.980.916,44)**.

C) Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, a favor de **Hugo Giraldo Herrera**, la suma de **dos millones cuatrocientos setenta y tres mil ciento cincuenta y un pesos con cincuenta y tres centavos mcte. (\$2.473.151,53)**".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS: La demanda se presentó con base en los siguientes hechos:

"1. El señor Hugo Alexander Giraldo Buendía laboraba en la empresa de transportes del Huilla "Coomotor", con sede en la población de Puerto Rico (Departamento del Caquetá), desempeñando la labor de "despachador", por la cual percibía un ingreso mensual promedio de \$250.000.

2. El día 29 de marzo de 1998, aproximadamente a las 8:00 p.m., después de haber terminado Hugo Alexander Giraldo Buendía su trabajo y en momentos en que se encontraba en la esquina de la carrera 5ª con calle 5ª de la citada población, detonaron, con breves intervalos de tiempo, dos cargas de material explosivo, colocadas por el grupo irregular de las FARC, las cuales fueron dirigidas contra las instalaciones de los despachos judiciales y de la Estación de Policía, ubicadas, respectivamente, en la calle 4ª con carrera 5ª esquina y calle 4ª con carrera 6ª esquina, siendo alcanzado por las esquirlas producto de las explosiones, causándole la muerte.

3. Durante el segundo semestre de 1997 y primer semestre de 1998, se desató una ola de violencia protagonizada por miembros del grupo subversivo de las FARC, la cual azotó al Departamento del Caquetá y, en especial, a los municipios de San Vicente del Caguán y Puerto Rico, grupo irregular que, mediante volantes y comunicados, además de amenazas de muerte para quienes ejercieran el derecho al voto y sirvieran de jurados de votación, hizo saber al pueblo caquetense su intención de no permitir la realización de las elecciones para Congreso y Presidencia de la República.

4. El 14 de octubre de 1997 –en el mismo municipio– el grupo irregular activó una carga explosiva contra una patrulla militar, en momentos en que atravesaba una caña, falleciendo un menor de edad; el 22 de octubre del mismo año, colocaron un artefacto explosivo en el casco urbano de la población de Puerto Rico, dirigido contra la sede de la Fiscalía Seccional, destruyéndola totalmente y el 12 de mayo de 1998 accionaron otra carga explosiva contra la sede de la Registraduría Municipal.

Por todas las anteriores circunstancias afirmó la demanda que los ataques de la guerrilla se dirigieron entonces contra toda clase de organismos del Estado y con el propósito de desestabilizar las instituciones y el orden público.

5. Asegura la demanda que la muerte de Hugo Alexander Giraldo Buendía produjo en su núcleo familiar un impacto emocional y psicológico muy grande.

6. Considera la demanda que el daño sufrido por los demandantes resulta antijurídico, pues no tienen por qué soportarlo.

7. La demanda fue presentada el 30 de noviembre de 1999 y admitida por el Tribunal Administrativo del Caquetá mediante Auto del 3 de febrero de 2000 que se notificó en legal forma al Ministerio Público al día siguiente; a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional el 21 de febrero del mismo año y a la Rama Judicial, por conducto del Director Seccional de Administración Judicial, el 15 de febrero de 2000".

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo de Caquetá, mediante sentencia proferida el 9 de diciembre de 2002, resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Declaró administrativamente responsables a las entidades demandadas de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte de Hugo Alexander Giraldo Buendía y, en consecuencia, las condenó a pagar en forma solidaria los valores ya descritos al inicio de esta providencia".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Acción de grupo	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 25000-23-26-000-1999-0002-04(AG)	FECHA: 01/11/2012
PONENTE: Enrique Gil Botero		ACTOR: Leonor Buitrago Quintero y otros	
DEMANDADO: Distrito Capital de Bogotá			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la reparación integral.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículos 90, 365, 368 y 370 de la Constitución Política; artículos 10, 55 y 57 de la Ley 472 de 1998; artículos 57 y 332 del Código de Procedimiento Civil; artículo 9 de la Ley 689 de 2000; artículo 1 de la Ley 99 de 1993; artículo 4 del Decreto 1713 de 2002.

TEMA PRINCIPAL: Reparación de daños colectivos: presupuestos para su reconocimiento.

TEMA COMPLEMENTARIO: Regulación de la disposición final de los residuos sólidos y su directa relación con el saneamiento ambiental: la fase de disposición final de residuos se presta en un esquema que permite la libertad y entrada y no se requiere título habilitante para el desarrollo de la actividad; aseo y disposición final de residuos sólidos intervención estatal y libre competencia, disposición final de residuos sólidos es responsabilidad de los municipios; El Contrato de Concesión: daño antijurídico imputable al concesionario, responsabilidad de los municipios y distritos en los daños antijurídicos que puedan llegar a causarse; Principio de prevención; Acciones de grupo: Reconocimiento de estímulo, posibilidad de incluir más miembros dentro del grupo demandante; Medidas de justicia restaurativa.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"i. El apoderado de Prostantana interpuso recurso de apelación y en el escrito realizó la sustentación del mismo. En síntesis, sostiene que la sentencia no podía darle la calidad de demandada cuando ello no era jurídicamente posible, toda vez que fue citada al proceso como llamada en garantía, y en virtud de lo cual, de conformidad con el artículo 57 del C. P. C., primero tiene que decidirse la responsabilidad de la entidad demandada respecto de los accionantes y, luego de que esta sea condenada, resolver la relación entre llamante y llamada.

Adicionalmente afirmó, que en el fallo de primera instancia se desconoció la cosa juzgada generada por el laudo arbitral, en el que se definieron las responsabilidades contractuales por el deslizamiento de residuos sólidos, y donde se concluyó que PROSANTANA - en liquidación - no incurrió en incumplimiento alguno de sus obligaciones contractuales, ya que se encontraba operando un sistema considerado como experimental.

ii. El apoderado de los demandantes interpuso recurso de apelación, en la sustentación se adujeron los siguientes argumentos: 1. La sentencia de primera instancia no precisó la totalidad de los habitantes que para la época de los hechos se encontraban en el área de afectación, ya que algunos barrios no aparecen allí por ser considerados como ilegales por las autoridades distritales, aun cuando hacen parte de los 5 km fijados en la decisión. Así mismo, el juzgador desestimó un grupo considerable de poderdantes basándose en que para incluirlos era necesaria la reforma de la demanda, aspecto que es contrario a lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, y esa exclusión conlleva a negar el estímulo que se ha reconocido en la parte resolutive a los demandantes, y; 2. El tribunal sólo tuvo en cuenta para identificar a los beneficiarios del fallo la demostración de la calidad de residentes, trabajadores y estudiantes de establecimientos educativos con licencia de funcionamiento, no incluyendo criterios sustentados en material probatorio aportado al proceso, tales como: afiliación al SISBEN para la época de los hechos, usuarios de servicios públicos, propietarios de inmuebles y establecimientos de comercio, listados de Juntas de acción comunal. En escrito de sustentación y ampliación, indicó que en el proceso se demostraron los siguientes daños: alteración de las condiciones de existencia [afectación del plan de vida, la recreación, la intimidad, la recreación y la exposición al riesgo en la salud], depreciación de los inmuebles ubicados en la zona, y la afectación del derecho al medio ambiente (malos olores, contaminación del río Tunjuelito).

iii. El grupo de demandantes representados por el apoderado GUILLERMO RAÚL ASPRILLA CORONADO, interpuso recurso de apelación y alegó: 1. Se excluyeron a varias personas que se encontraban dentro del área de influencia; 2. Se debe hacer el reconocimiento de indemnización por concepto daño causado a la vida en relación; 3. Se debe otorgar indemnización por concepto de depreciación en el valor de los inmuebles en la zona de afectación, el cual se demuestra con la prueba pericial practicada, y; 4. Se debe reconocer una indemnización adicional por daño moral, pues el grado de afectación se diferencia según la edad de los colectivos perjudicados (niños, madres y ancianos).

iv. El Distrito sustentó su recurso de apelación en escrito del 19 de septiembre de 2008, y expone como razones las siguientes: 1. Inexistencia del daño jurídico, toda vez que al utilizarse el título de imputación de falla del servicio debía probarse un actuar negligente del demandado y esto no se hizo en el proceso. Al contrario, el ente territorial declaró el Estado de emergencia y atendió con sus recursos las actividades necesarias para conjurar los efectos del deslizamiento y adoptar las medidas necesarias con el objeto de evitar los daños que se pudieran ocasionar en la salud de las personas. Las pruebas aportadas al proceso no lograron demostrar que los miembros del grupo demandante sufrieron daños materiales en sus viviendas, integridad física o salud; 2. Inexistencia de daño moral, porque su causación no está acreditada, y; 3. No existe fundamento legal para reconocer un estímulo a favor de los demandantes”.

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

1. Cosa Juzgada:

"La inmutabilidad de las sentencias constituye una garantía dentro del ordenamiento jurídico. Las sentencias judiciales gozan de la cualidad de invariabilidad o inmutabilidad como un sello o impronta de seriedad, y una manera de "poner término al estado de incertidumbre que surgiría si quien obtuvo providencia, no acorde con sus intereses, pudiera seguir planteando la misma controversia hasta lograr un fallo que se ajuste a sus particulares propósitos"

De allí que, que asegurar una decisión final se convierte en una forma de garantizar que las controversias no se tornen indefinidas. Otorgar el carácter de "definitivo", implica que la sentencia como modo particular de expresión de la soberanía del Estado, asegure a la comunidad que los asuntos resueltos no pueden volver a ser objeto de discusión. Por consiguiente, el principal efecto de la institución, es precisamente el evitar que entre los mismos sujetos, por los mismos supuestos fácticos, por igual motivo y por iguales pretensiones se pueda entablar un segundo debate procesal.

(...)

Sobre el particular señala la doctrina, que la exigencia de identidad de partes no implica necesariamente una igualdad respecto a las personas. Este requisito no hace referencia a una coincidencia de carácter físico sino jurídico, por lo tanto, lo verdaderamente relevante es la calidad, es decir, determinar a quienes perjudica o beneficia el fallo. Este aspecto es el que se entrará a determinar, para dilucidar si el elemento subjetivo de la cosa juzgada se presentó en el caso objeto de estudio.

(...)

Este elemento de la cosa juzgada responde al interrogante *¿por qué se litiga?* o *¿cuál es la razón por la que se acude al juez?*, y frente a este cuestionamiento, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la respuesta se encuentra en los hechos contenidos en la demanda, al ser estos los que soportan el ejercicio del derecho de acción y el reclamo de pretensiones concretas. Así, nos hallamos frente al motivo o fundamento mismo del proceso, ante la razón inmediata del derecho deducido en juicio.

(...)

Este elemento de la cosa juzgada responde al interrogante *¿sobre qué se litiga?* o *¿cuál es el bien jurídico que se encuentra en disputa?*, y frente a dicho cuestionamiento, la doctrina ha sostenido que se deben analizar las pretensiones o declaraciones que se reclaman de la justicia. Esta posición conlleva a que el operador jurídico para determinar si se está en presencia del mismo objeto, no sólo se base en los hechos que apoya lo decidido en la sentencia, sino que también debe entrar a estudiar lo solicitado por el actor y el contenido mismo del fallo para precisar si entre este y la segunda actuación procesal iniciada existe verdaderamente identidad.

2. Llamamiento en garantía:

La Sala procederá a hacer algunas reflexiones sobre la figura procesal del llamamiento en garantía toda vez que PROSANTANA en la sustentación del recurso de apelación señaló que se le había dado un tratamiento de demandado, pues en su sentir el juez de primera instancia debía pronunciarse sobre su posible responsabilidad en el acaecimiento del desastre ambiental del derrumbe del relleno sanitario sólo cuando ya se hubiera decidido lo referente a la responsabilidad del Distrito capital.

Lo primero que debe señalarse es que el llamamiento en garantía se encuentra regulado en el artículo 57 del C. P. C., disposición que permite vincular a un tercero en el proceso en aquellos supuestos en los que exista por parte de este una obligación legal o contractual de garantizar la indemnización de un perjuicio o el reembolso del pago que pueda llegar a realizarse en cumplimiento de una sentencia. Así las cosas, en el proceso el juez debe ocuparse también de resolver la relación jurídica que se presenta entre llamante y llamado.

3. Servicios Públicos Domiciliarios:

(...) Por tal razón, la norma fundamental reconoce la libertad de empresa y la iniciativa privada e instituye a la libre competencia como un derecho. Por ende, sólo la ley puede limitar o restringir la libertad económica en Colombia y dichas limitaciones deben obedecer al interés social o a la protección del ambiente y del patrimonio cultural de la Nación. La consecuencia directa de esta disposición es la imposibilidad de exigir permisos previos o autorizaciones que no hayan sido dispuestas por el legislador (art.333). Adicionalmente, se establece que la dirección de la economía se encuentra a cargo del Estado, lo cual posibilita que este pueda intervenir en los servicios públicos y privados para conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades, los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (Art. 334). (...)La ley 142 1994, al regular lo referente al régimen de los llamados servicios públicos domiciliarios se apartó del criterio tradicional de servicio público, de tal modo que configuró un sistema abierto, estructurado a partir del reconocimiento de las libertades de empresa y de concurrencia, en donde el Estado no puede arrogarse titularidad alguna, deja de ser propietario y se convierte en un operador más. Se ha presentado entonces una verdadera liberalización que se ve reflejada en la posibilidad de competir libremente al tratarse de actividades que tienen una evidente connotación industrial y comercial. La presencia de diversos sujetos, en una lógica de mercado, en la que no se permiten monopolios o prácticas restrictivas de la competencia, es una garantía para el usuario final al poder escoger entre varias alternativas y condiciones de prestación.

Empero, la no titularidad del Estado respecto de la actividad no implica ausencia de responsabilidad. Si bien es cierto que bajo el esquema diseñado por el legislador su labor no es la de prestación directa del servicio, también es verdad que constitucionalmente en el artículo 365 se le impone el deber de garantizar que sea efectivamente prestado. El poder público no se aparta de la actividad adelantada por los operadores, cambia la función, la administración propietaria de los medios se transforma en una que incide directamente en la actividad de los privados mediante competencias de regulación económica y el efectivo ejercicio de una función de control y vigilancia. El usuario adquiere importancia, se reconoce su posición debilitada frente al operador, así como también la intervención pública reitera que las necesidades por satisfacer siguen siendo en esencia prestaciones y por lo tanto deben gozar de las características de generalidad, permanencia y continuidad.

El régimen jurídico al que se encuentran sometidos los servicios públicos domiciliarios en Colombia es especial, porque aunque la regla general es la aplicación de las normas del derecho privado en aspectos tan importantes como las relaciones jurídico-laborales, la contratación y los actos de las empresas, las características señaladas justifican que el legislador imponga para determinadas actuaciones deberes que se desprenden del derecho público. Así, no es extraño al modelo que, con independencia de la naturaleza jurídica del operador, en determinados aspectos se deban adelantar verdaderos procedimientos administrativos y a las decisiones tomadas dentro

de los mismos se les de la naturaleza de actos administrativos. En este contexto, las empresas prestadoras de servicios públicos realizan una verdadera función administrativa y ello trae como consecuencia la aplicación de normas de derecho público. Es el caso de los actos de facturación, los cuales al tenor de lo dispuesto por el artículo 154 tienen el carácter de actos administrativos contra los cuales proceden los recursos de reposición y apelación.

4. Regulación de la disposición final de los residuos sólidos y su directa relación con el saneamiento ambiental:

La Ley 142 de 1994 no sólo define el aseo como un servicio público domiciliario sino que además le da el calificativo de servicio público esencial; el adjetivo agregado por el legislador tiene gran trascendencia en el modelo de estado social de derecho, comoquiera que reconoce que aun cuando algunas actividades se sometan a un régimen propio de libertad de empresa, libre competencia económica y libertad de concurrencia, su relación con el interés general justifica de forma permanente la intervención de los poderes públicos porque su interrupción o prestación ineficiente afecta de manera directa derechos fundamentales indispensables para la coexistencia pacífica como la salud o la vida.

[...]

Por tanto, la recolección, transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de residuos en los municipios constituyen conjuntamente un servicio público esencial. Es verdad que la ley define como servicio público domiciliario de aseo sólo la etapa de recolección y a las restantes les da el calificativo de actividades complementarias; no obstante, es necesario tener en cuenta que la diferenciación no tiene la virtualidad de fragmentación sino de distinción conceptual por dos razones: 1. a todas ellas se aplica el mismo régimen jurídico de acuerdo con lo establecido con el artículo 1° de la Ley 142 de 1994, y 2. Cada una de las fases mencionadas debe ser organizada conjuntamente puesto que son interdependientes, de allí que el no funcionamiento de una de ellas comprometa a las demás y afecte el bienestar y salud de los ciudadanos. Por eso, es necesario partir de la *integralidad* del servicio para poder comprender su correcto funcionamiento.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico colombiano confía a las autoridades municipales la planificación y gestión integral de los residuos sólidos o, en otras palabras, el diseño e implementación del *"...conjunto de operaciones y disposiciones encaminadas a dar a los residuos producidos el destino más adecuado desde el punto de vista ambiental, de acuerdo con las características de volumen, procedencia, costos, tratamiento, posibilidades de recuperación, aprovechamiento, comercialización y disposición final"*. Aun cuando cada una de las fases se preste por diferentes operadores, la actividad de estos debe ser diseñada, coordinada, vigilada e inspeccionada por la autoridad administrativa, pues no se trata de compartimentos estancos sino de una unidad que se divide sólo para su mejor comprensión y posibilitar la libre competencia económica.

[...]

En consecuencia, la disposición final de residuos debe regirse por el principio de libertad de empresa, ello quiere decir que la ley no reconoce en cabeza de los diferentes municipios una titularidad sobre la actividad, al contrario, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 142 de 1994 cualquier persona (pública o privada) podría encargarse de la organización y operación de la misma sin que requiera título habilitante para ello. Otra cosa distinta es que por la importancia de los intereses en juego se trate de un sector reglamentado y deban cumplirse todos y cada uno de los presupuestos exigidos como exigencias obligatorias, inevitables e indiscutibles para poder gestionar un relleno sanitario.

[...]

Por este motivo, de una revisión de la ley 142 de 1994 se puede concluir fácilmente que el legislador al permitir la libre concurrencia en la actividad de disposición no quiso en ningún momento que el Estado se desentendiera del funcionamiento de los mismos, de allí que el artículo 2 señale que es obligación de las autoridades administrativas garantizar la calidad de la prestación, el aumento de la cobertura, la atención a las necesidades básicas insatisfechas y la prestación continua, ininterrumpida y eficiente, garantizando en todo momento el libre acceso a los usuarios. Para alcanzar estos objetivos, como instrumentos de intervención se prevén los siguientes: 1. La gestión y obtención de recursos; 2. La regulación de la actividad, teniendo en cuenta las características de cada región; 3. El ejercicio de competencias de inspección, control y vigilancia; 4. La organización de sistemas de información, y; 4. Asegurar la protección de recursos naturales.

[...]

Así las cosas, tanto de las normas constitucionales y legales que rigen la actividad de disposición final de residuos y el servicio de saneamiento ambiental, como de la naturaleza y contenido del contrato de concesión, puede concluirse con claridad que el responsable por los daños que puedan sufrir terceros como consecuencia de la actividad adelantada es en primera instancia el operador o prestador. Sin embargo, dadas las competencias asignadas a los municipios y distritos y la necesidad de que estos ejerzan en debida forma sus funciones de dirección, control y vigilancia, las omisiones en el ejercicio de éstas hacen posible que les sean imputables los daños antijurídicos que puedan llegar a ocasionarse, máxime cuando han optado por la utilización de un negocio jurídico, que como se vio en líneas anteriores, conlleva necesariamente una delimitación a través de normas generales de las condiciones en que se organiza y presta el servicio, con una prerrogativa de *ius variandi* permanente, que tiene la obligación de ejercitar cuando constate que las circunstancias o condiciones iniciales que se tuvieron en cuenta para pactar pueden generar una paralización o mal funcionamiento del servicio. Ahora bien, lo afirmado no conlleva un desconocimiento del principio de seguridad jurídica propio de todo Estado de Derecho, comoquiera que el poder de organización del servicio del que se habla no implica un dejar de lado el conjunto de obligaciones y derechos del concesionario, porque como afirma la doctrina, "...el ejercicio de la potestad reglamentaria del servicio se traduce simplemente en una modificación del contrato, sujeta al límite del mantenimiento de la ecuación económica subyacente..."

5. Daños Antijurídicos:

En el artículo 90 del estatuto superior se establecieron dos elementos de la responsabilidad, los cuales son:

i) El daño antijurídico y, ii) la imputación. [...]

Por ende, la Sala considera con el *a quo*, que de conformidad con las reglas de la experiencia, las afectaciones de las que se habla, tuvieron un impacto negativo sobre la interioridad de los habitantes de los barrios circunvecinos al relleno. Debe tenerse en cuenta que se trata de personas de bajos recursos, circunstancia que dificulta la posibilidad de desplazamiento o reubicación. Por este motivo, el daño moral se predicará de las personas que para la época del derrumbe del relleno residían, estudiaban o trabajaban en cualquiera de las zonas afectadas, de acuerdo con el mayor o menor impacto recibido según los criterios que se determinarán en esta sentencia para el pago de la indemnización. Se excluye como criterio de pertenencia al grupo la prueba de la propiedad de inmuebles, pues se insiste, lo relevante es el haber habitado efectivamente en los barrios sobre los que recayó el impacto ambiental negativo.

(...)

En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado "daño a la salud o fisiológico", sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

"En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v. gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

(...)

En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso:

"i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

"ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal.

Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v. gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

6. Medidas de Justicia Restaurativa:

En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales es el único contenido del principio de reparación integral que se encuentra amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado, esto es, la garantía de la congruencia y de la no *reformatio in pejus*, siempre que, se insiste, se trate de un escenario de grave vulneración a derechos humanos o medie la afectación significativa de un derecho fundamental constitucional. En los demás casos a los dos mencionados, las medidas de justicia restaurativa sólo serán procedentes si están deprecadas expresamente en la demanda.

Definido el anterior panorama, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el particular ha delineado para precisar que, en aquellos eventos en los que sea evidente la alteración grave de un derecho de la persona, es posible que se adopten medidas distintas a la indemnización de perjuicios, todas ellas encaminadas a operar como factores de justicia restaurativa, como instrumentos que propenden por el restablecimiento objetivo del derecho conculcado, resarcimiento que no sólo se circunscribe a la dimensión objetiva del derecho (general y abstracta), sino que puede estar vinculada con la persona (derecho subjetivo) en aras de garantizar la indemnidad del daño irrogado.

FUENTES: Artículos 90, 365, 368 y 370 de la Constitución Política; artículos 10, 55 y 57 de la Ley 472 de 1998; artículos 57 y 332 del Código de Procedimiento Civil; artículo 9 de la Ley 689 de 2000; artículo 1 de la Ley 99 de 1993; artículo 4 del Decreto 1713 de 2002.

DECISIÓN:

"PRIMERO. MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de mayo de 2007.

SEGUNDO. DECLÁRASE RESPONSABLE al DISTRITO DE BOGOTÁ en relación con los daños ocasionados por el derrumbe del Relleno Sanitario Doña Juana acaecido el 27 de septiembre de 1997.

TERCERO. CONDÉNASE al DISTRITO DE BOGOTÁ a pagar a título de indemnización de daño moral y afectación de los derechos constitucionales a la intimidad familiar y a la recreación y libre utilización del tiempo libre, la suma de \$227.440.511.400 a los integrantes del grupo que se hayan constituido como parte en el proceso y los que lo hagan después, en los términos señalados en la parte motiva. La suma de dinero constitutiva de esta condena se deberá pagar al Fondo para la Protección de los Derechos e Intereses Colectivos, administrado en los términos de ley, por el Defensor del Pueblo.

CUARTO. Como consecuencia de la orden anterior, DISPÓNESE que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este proveído, el monto de la indemnización colectiva objeto de esta condena, sea entregado al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos administrado por el Defensor del Pueblo, y a cargo del cual se pagarán las indemnizaciones, según lo ordenado en el artículo 65-3 de la Ley 472 de 1998.

Dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se realice la referida consignación al fondo mencionado, los actores miembros del grupo deberán acreditar ante el Defensor del Pueblo, con prueba idónea, su pertenencia a uno de los subgrupos de acuerdo con los requerimientos establecidos en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO. CONDÉNASE a Prosantana a reembolsar al Distrito del Bogotá lo pagado por aquel como consecuencia de la condena impuesta en esta sentencia.

SEXTO. DISPÓNENSE las indemnizaciones correspondientes a las demás personas del grupo que no hayan concurrido al proceso y que dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la presente sentencia decidan acogerse a lo aquí dispuesto, suministrando la información de que trata el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, los que no podrán invocar daños extraordinarios excepcionales a los probados en el presente proceso. Para lo cual deberá observarse, igualmente, lo preceptuado en el literal b) del numeral 3° del artículo 64 in fine. En consecuencia LIQUÍDENSE los honorarios del abogado coordinador en una suma equivalente al 10% de la indemnización que obtengan cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente.

SÉPTIMO. Luego de finalizado el pago de las indemnizaciones individuales, el Fondo para la Defensa de los Derechos Colectivos, en cumplimiento de lo preceptuado en el último inciso del literal b del numeral 3° del artículo 65 de la Ley 472 de 1998, deberá devolver el dinero sobrante a la entidad demandada.

OCTAVO. ORDÉNASE la publicación de la parte resolutive de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten a la Defensoría del Pueblo - Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los 20 días siguientes para acreditar su pertenencia a cualquiera de los subgrupos afectados.

NOVENO. CONDÉNASE en costas al DISTRITO DE BOGOTÁ. Por la secretaría de la sección tásense, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia.

DÉCIMO. ORDÉNASE al Distrito el cumplimiento de las siguientes medidas de justicia restaurativa:

i) Adoptar un reglamento técnico que garantice un manejo seguro de los rellenos sanitarios, aplicando para ello los avances que la ciencia ofrezca en la actualidad.

ii) Remitir copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado –entidad que no se encuentra comprendida por los efectos de esta providencia– para que en el marco de sus competencias y, siempre que lo estime necesario, difunda el contenido de la misma.

DÉCIMO PRIMERO. NIÉGANSE las demás pretensiones de las demandas presentadas en los procesos No. 1999-0002 y No. 2000-0003”.

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

1. El relleno sanitario Doña Juana inició operaciones en el año de 1988. Se concibió como una instalación de disposición de desechos sólidos mixtos. Desde su apertura ha recibido aproximadamente cinco mil toneladas de residuos por día.

2. Entre los años 1988 y 1993, las operaciones del relleno estuvieron a cargo de la Empresa Distrital de Servicios Públicos (EDIS), la cual se encargaba del manejo de las basuras; no obstante, esto no se realizó de una forma adecuada y los residuos eran sólo compactados y cubiertos. Por este motivo, se suscribió un contrato con Hidromecánica Limitada cuyo objeto era el diseño de un sistema de tratamiento de lixiviados por el método de recirculación. Dicho sistema se culminó en 1994.

3. El 16 de diciembre de 1993 se expidieron el acuerdo 41 y el Decreto 159, por medio de los cuales se suprimió y se liquidó la EDIS; asimismo, se dictaron normas relativas a la contratación de la prestación de los servicios de barrido, recolección y disposición de residuos sólidos a través del sistema de concesión.

4. Mediante resolución 1149 del 22 de septiembre de 1994, se suscribió entre el Distrito y la Firma Promotora de Construcciones e Inversiones Santana Limitada (Prosantana Ltda.), el contrato de concesión No. 016, cuyo objeto era '...la operación técnica, administrativa y ambiental del relleno sanitario Doña Juana'.

5. En el período comprendido entre el 22 de septiembre de 1994 y el 27 de septiembre de 1997, se evidenciaron deficiencias en el servicio, entre otras causas, por cambio de terrenos, variaciones de los diseños y mal manejo de la basura.

6. El 26 de septiembre de 1997, se empezaron a observar grietas en el talud principal de la Zona II del relleno sanitario, y al día siguiente se produjo el deslizamiento de un millón doscientas mil toneladas de toda clase de desechos. Las basuras cubrieron dos colinas, taparon las calles internas, ocuparon quince hectáreas de terreno y bloquearon el cauce del río Tunjuelo.

7. Sólo después de acaecida la catástrofe ambiental se comenzaron a realizar los requerimientos por parte del interventor y de la entidad contratante.

8. El derrumbe del relleno sanitario contaminó el ambiente, ocasionó dificultad en la respiración de los habitantes de los barrios cercanos, pues los olores que despedía eran nauseabundos y de gran intensidad.

9. El derrumbe del relleno sanitario ocasionó una tragedia ambiental, ya que un gran número de residuos, entre los que se encontraban desechos peligrosos, quedaron expuestos a cielo abierto. Esto generó infecciones respiratorias, alergias, vómitos, erupciones cutáneas, principalmente en los niños. De igual modo, se generó el represamiento del río Tunjuelo y de varias quebradas de la zona y la contaminación de las aguas por el vertimiento de lixiviados.

10. La gravedad de la catástrofe ambiental se denota en la clase de residuos tóxicos que quedaron expuestos: orgánicos (sangre, tejidos de piel y órganos); químicos (material radioactivo y medicamentos), e industriales (generados por curtiembres, plomo, mercurio, etc.).

11. Con posterioridad al derrumbe se desataron plagas y los alimentos comenzaron a descomponerse con gran rapidez. De hecho, los establecimientos de comercio expendedores de los mismos tuvieron que cerrar sus puertas.

12. El Gobierno Distrital declaró la emergencia sanitaria y ambiental, lo cual ocasionó no sólo una remoción de los residuos sino una labor de fumigación. La utilización de químicos generó nuevas molestias en los habitantes del sector.

13. Los hechos descritos son causa de una catástrofe ambiental de gran magnitud que afecta a los habitantes de las localidades aledañas a Usme, Ciudad Bolívar, San Cristóbal, Tunjuelito, Bosa y Kennedy. Específicamente en los barrios de La Marichuela, Valles de Cafam, Monteblanco, La Autora, Tenerife, Granada, Quintas del Plan Social, San Benito, San Carlos, Rincón del Nuevo Muzú, Cortijo, Bosa, Isla del Sol, Diana Turbay, Santa Lucía, Santa Librada, El Tunal, Casablanca, Bochica Sur, Venecia, Sotavento, La Pichosa, Viviendas.

14. Se dispuso una zona de botadero de emergencia a efectos de que la disposición final de basuras siguiera operando. Sin embargo, se debe anotar, que de acuerdo con el contrato de concesión Prosantana debía tener lista la Zona IV del relleno para atender esta clase de eventos, situación que no se presentó, pues el lugar no estaba preparado para afrontar una contingencia de tal magnitud.

15. El 19 de diciembre de 1997 se expide la Resolución No. 1540 de 1997, por medio de la cual se declara la caducidad del contrato de concesión para la operación técnica, administrativa, ambiental y de mantenimiento del relleno sanitario de Doña Juana. En el acto administrativo se hace un recuento detallado de las anomalías en que incurrió el contratista y se evidencia la negligencia de la administración y de la interventoría.

16. En la zona aledaña al relleno sanitario, se han desocupado y entregado los inmuebles en arriendo, debido a las incomodidades causadas por el derrumbe.

17. Algunos de los barrios aledaños al relleno sanitario de las localidades de Usme y Ciudad Bolívar, pocos días después del derrumbe se vieron afectados por detonaciones diarias de dinamita que se realizaron para la adecuación del Relleno auxiliar.

18. En la época de presentación de la demanda el manejo del relleno sanitario se sigue haciendo deficientemente y persisten los efectos nocivos para la población que produjo el derrumbe".

DECISIÓN:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección tercera, Subsección A, profirió sentencia el 24 de mayo de 2007, en la parte resolutive dispuso:

"PRIMERO. Declárase a Bogotá - Distrito Capital administrativamente responsable, en la proporción que se ha indicado en el presente fallo, por los perjuicios morales ocasionados a las personas integrantes del grupo conformados por los demandantes y las personas que entre el 27 de septiembre y el 31 de diciembre de 1997, vivían, laboraban o estudiaban en los barrios correspondientes a los tres (3) subgrupos de afectación, que se indican en el numeral correspondiente.

SEGUNDO. Declárase a Prosantana S. A. –en liquidación–, administrativamente responsable, en la proporción que se ha indicado en el presente fallo, en su calidad de llamada en garantía, por los perjuicios morales ocasionados a las personas integrantes del grupo conformados por los demandantes y las personas que entre el 27 de septiembre y el 31 de diciembre de 1997, vivían, laboraban o estudiaban en los barrios correspondientes a los tres (3) subgrupos de afectación, que se indican en el numeral correspondiente.

TERCERO. Declárese que los subgrupos de afectación están conformados por los siguientes barrios, de acuerdo a su ubicación geográfica: [...]

CUARTO. Condénase a Bogotá Distrito Capital y a la llamada en garantía Prosantana S. A. –en liquidación–, a reconocer y pagar, por partes iguales, a cada una de las personas residentes, trabajadores o estudiantes de planteles oficiales o privados con licencia de funcionamiento, entre el 27 de septiembre y el 31 de diciembre de 1997, por el monto que se fijará en sentencia complementaria, la suma que resulte de las siguientes variables.

1. Indemnización individual por subgrupo de afectación:

Primer subgrupo de afectación: 3 (tres) salarios mínimos legales mensuales vigentes por persona.

Segundo subgrupo de afectación: dos (2) salarios mínimos legales vigentes por persona.

Tercer subgrupo de afectación: un (1) salario mínimo legal vigente por persona.

2. Número de afectados por subgrupo de afectación establecido por acto administrativo expedido por el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, y conformados de acuerdo con los requisitos fijados en el presente fallo.

3. Número de demandantes por subgrupo de afectación que acreditaron tal calidad en proceso y que son los siguientes: [...]

QUINTO. La suma que finalmente resulte de lo previsto en el numeral anterior, deberá ser depositada por el Distrito Capital a órdenes del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los 20 días siguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia complementaria proferida por esta Corporación que fije la cuantía total de la suma a pagar por concepto de daño moral.

Efectuado el pago por el Distrito Capital de Bogotá, este deberá repetir en el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de dicho pago contra la llamada en garantía Prosantana S. A. –en liquidación–.

SEXTO. Ordénase a la Defensoría del Pueblo de Bogotá, Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, que una vez cumplido el plazo de veinte (20) días a partir de la publicación del extracto de la sentencia para que los interesados acrediten su pertenencia a cualquiera de los subgrupos afectados, profiera el acto administrativo, en el término de veinte (20) días siguientes, con el número de integrantes por subgrupo afectado que acreditaron su pertenencia al mismo.

SÉPTIMO. Condénase a Bogotá –Distrito Capital– y a Prosantana S. A. –en liquidación–, a reconocer y pagar por partes iguales un estímulo a los demandantes, miembros del grupo afectado, por la suma equivalente a mil doscientos treinta y ocho (1238) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, la cual será pagada a razón de un salario mínimo legal vigente por cada demandante legitimado, conforme al listado incluido en el numeral tercero del presente fallo.

Esta suma será entregada al Fondo para la Defensa de los Derechos e intereses colectivos, dentro de los diez (20) [sic] días siguientes a la ejecutoria de la sentencia complementaria proferida por esta corporación y será administrada y pagada por el Defensor del pueblo.

OCTAVO. Niéganse las demás pretensiones de las demandas presentadas dentro de los procesos No. 1999-0002 y No. 2000-0003.

NOVENO. Niéganse las pretensiones formuladas por el Distrito Capital de Bogotá respecto de los llamados en garantía: Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S. A.; Hidromecánicas Ltda.; Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR); Alfonso Sánchez Parra; Emely Cuervo Carriyo; Ricardo Vega Zafrane; Jaime Eduardo Vélez y Luis Fernando Roa Ceballos.

DÉCIMO. Ordénase la publicación de la parte resolutive de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria o a la notificación que hubiera ordenado obedecer lo dispuesto por el superior, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten a la Defensoría del Pueblo - Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los 20 días siguientes para acreditar su pertenencia a cualquiera de los subgrupos afectados.

DÉCIMO PRIMERO. Condénase en costas a Bogotá - Distrito Capital y a Prosantana S. A., por partes iguales. Por secretaría de la Sección, tásense, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia.

DÉCIMO SEGUNDO. Fijense como honorarios a favor de los abogados Raúl Asprilla Coronado y Raúl Hernández Rodríguez, en partes iguales, el diez por ciento de la indemnización que obtenga cada uno de los miembros del grupo que no haya sido representado judicialmente y que efectivamente hayan sido reclamados por los interesados dentro del término previsto en la ley.

Luego de analizar los requisitos de procedibilidad de la acción y los presupuestos de legitimación procesal por activa y por pasiva, el a quo procedió a pronunciarse respecto de los llamamientos en garantía efectuados por el Distrito Capital. En lo que concierne a Prosantana, se aceptó su vinculación al proceso, toda vez que en su calidad de concesionaria, tenía la operación técnica, administrativa, sanitaria y ambiental del relleno sanitario en virtud del contrato de concesión No. 016 de 1994. Aun cuando Prosantana propuso la excepción de cosa juzgada, por haberse sometido a decisión todas las controversias surgidas con motivo de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación o liquidación del negocio jurídico mencionado, el tribunal señaló que no está llamada a prosperar porque no se presentaron los presupuestos de identidad de partes, de objeto y de causa petendi.

En cuanto a Hidromecánicas, se negó el llamamiento en garantía por no haberse aportado al proceso el contrato que celebró con el distrito, faltando el punto de partida necesario para el análisis de las obligaciones a su cargo y prueba de un posible incumplimiento. De igual modo, se negó el llamamiento en garantía de Ricardo Vega Zafrane en su calidad de interventor del contrato, toda vez que era indispensable probar el elemento culpa y el nexa causal de su comportamiento con el hecho dañoso. Así mismo, no obra en el expediente el contrato de prestación de servicios, documento sin el cual no es posible hacer un pronunciamiento. Similares consideraciones se hicieron respecto de los servidores públicos, Alfonso Sánchez Parra, Emily Cuervo Carrillo, Jaime Eduardo Vélez y Luis Fernando Roa Ceballos, porque para que sea procedente el llamamiento en garantía, el Distrito debía cumplir con la carga de precisar los hechos y omisiones que le son imputables en calidad de funcionarios y precisar las razones en virtud de las cuales considera que su conducta puede calificarse de gravemente culposa o dolosa. Finalmente, no se aceptó el llamamiento en garantía de la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza S. A., porque los hechos que originaron la acción de grupo coinciden con aquellos eventos que se previeron en la póliza como exclusiones de Responsabilidad.

El tribunal aseveró, que la causa del deslizamiento fue la excesiva presión de los poros en la zona II del relleno sanitario, consecuencia del sistema de reinyección de lixiviado empleado en el mismo. Afirmó, igualmente, que el Distrito es responsable por el acaecimiento del hecho dañoso ya que de acuerdo con las normas que regulan el servicio público de aseo, el ente territorial tiene la obligación de supervisión, vigilancia y control de la actividad de disposición de los residuos sólidos, máxime cuando la gestión se hace mediante contrato de concesión, obligaciones que debieron haberse intensificado puesto que el diseño del relleno se calificó como experimental. De igual modo, respecto a Prostantana es menester señalar que el diseño original fue sometido a varias modificaciones las cuales respondieron a comportamientos anormales como fisuras apreciables a simple vista, movimientos de los taludes, sobrecarga de lixiviados y salida de ellos por fuera de los conductos instalados para su circulación y acumulación de aguas lluvias mezcladas con los mismos; así las cosas, luego de tres años de trabajo, no se puede admitir que no se hubieran realizado las acciones tendientes a establecer el origen de las anomalías y tratar de conjurarlas o por lo menos disminuir el riesgo de una falla.

De las pruebas allegadas al proceso, se desprendió que la concesionaria con la autorización del Distrito introdujo modificaciones al sistema, sin estudios técnicos previos de estabilidad, variando el manejo de la recirculación de lixiviados por gravedad al sistema de reinyección por tuberías a presión. En el momento de operar, se obviaron recomendaciones técnicas como el rompimiento de bolsas de basura, desagregación de desechos antes de depositarlos, entre otros.

El a quo no encontró elementos probatorios suficientes que demostraran la existencia de daños materiales (la depreciación del valor de los inmuebles) y daño por afectación de la vida en relación, sin embargo si señaló que del acervo probatorio se evidencia el daño moral por la incertidumbre que causó la percepción de olores, la presencia de vectores, la contaminación de las aguas, la alteración del paisaje y principalmente el daño a especies vegetales".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 070012331000200000471-01 (24.531)	FECHA: 07/11/2012
------------------------------------	--	---	-----------------------------

PONENTE: Hernán Andrade Rincón **ACTOR:** Jaime Alonso Bastos Contreras y otro

DEMANDADO: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Daño a la salud. Indemnización de perjuicios morales y perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante).

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 90 de la Constitución Política; Ley 171 de 1994.

TEMA PRINCIPAL: Responsabilidad del Estado por perjuicios sufridos con ocasión de las lesiones físicas. Daño especial: elementos para su configuración.

TEMA COMPLEMENTARIO: Falla del servicio.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Como fundamentos fácticos de sus pretensiones expusieron los que la Sala se permite resumir de la manera que sigue:

Se afirmó en la demanda que el día 17 de diciembre de 1998, en contra de una garita de vigilancia del cuartel de la Policía Nacional con sede en Saravena, Arauca, fue lanzado un artefacto explosivo, al parecer una granada de fragmentación, por parte de personas desconocidas pertenecientes a los grupos insurrectos que existen en la región.

Señalaron los demandantes que en varias oportunidades, tanto la estación de Policía como un puesto de mando adelantado del Batallón Revéz Pizarro, fueron blanco de esta clase de atentados, ocasionando daños, heridos y muertos en los miembros de la Fuerza Pública.

Se agregó que el ataque afectó al señor Jaime Alonso Bastos Contreras, quien en esos momentos transitaba en su motocicleta cerca al lugar donde estaba ubicada la garita, por lo que se le causaron varias heridas que ameritaron la realización de cirugías para reconstrucción de la mano y pierna izquierda, así como en el ojo derecho para la extracción de un cuerpo extraño e implantación de un lente intraocular.

La demanda presentada el 27 de noviembre de 2000 , fue admitida por auto del 7 de diciembre de la misma anualidad y notificada en legal forma al Ministerio Público el 14 de diciembre de 2000 y a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional el 22 de enero de 2001.

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional dio contestación al libelo para oponerse a las pretensiones , al estimar que no estaban debidamente probados los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado pues, en su criterio, el daño fue ocasionado por un tercero, lo que rompía el nexo de causalidad y conllevaba la inexistencia de responsabilidad patrimonial.

Mediante auto del 9 de marzo de 2001 se abrió el proceso a pruebas, y fueron decretadas las solicitadas por las partes.

Concluido el término probatorio, por auto de 25 de junio de 2002 se corrió traslado para alegar de conclusión , oportunidad procesal en la cual la parte actora reiteró que el señor Jaime Alonso Bastos Contreras resultó herido en un acto terrorista dirigido en contra de la Estación de Policía de Saravena, por lo que la responsabilidad deprecada era imputable a título de daño especial, ya que la actuación de los servidores públicos fue legítima y ajustada a la ley, no obstante, con la causación del daño antijurídico se rompió el equilibrio ante las cargas públicas frente a los accionantes, personas ajenas al conflicto armado y que no tenían la obligación de asumir el daño derivado de un ataque injusto y alevé de la subversión.

La demandada se limitó a señalar que en caso de imponerse una condena en su contra, debía tenerse en cuenta que el parentesco entre los demandantes no se encontraba plenamente acreditado, al considerar que si bien los registros civiles de nacimiento señalaban a Olivia Contreras como su madre, no se consignaba en ellos el número de su documento de identificación, por lo que bien podría ser una persona diferente.

Por su parte, el Ministerio Público conceptuó que las súplicas de la demanda estaban llamadas a prosperar parcialmente, toda vez que se acreditó en el plenario que el hostigamiento o ataque subversivo tuvo como objetivo específico la Estación de Policía de Saravena, la que constituye un establecimiento militar o de gobierno en sentido lato, por lo que se establece el nexo de causalidad con el daño, materializado en las graves lesiones causadas a Jaime Alonso Bastos Contreras, a quien la Junta de Calificación de Invalidez le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 44.85%.

En estas condiciones, para la vista fiscal sólo era viable acceder al reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, al señalar que los gastos en que se dice incurrió el actor no fueron fehacientemente demostrados y debieron ser asumidos por el Instituto del Seguro Social EPS, entidad a la que estaba afiliado el señor Bastos Contreras para la fecha de los hechos."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"De cara a lo anterior, con fundamento en lo expuesto en los antecedentes de la demanda narrados al inicio de esta providencia y en el material probatorio relacionado, es posible concluir que la imputación de responsabilidad a la entidad pública demandada en el presente asunto debe realizarse bajo el título de daño especial , como quiera que las lesiones sufridas por el actor se produjeron en el marco del ataque realizado en contra de la Estación de Policía de Saravena el día 18 de diciembre de 1998, acto terrorista perpetrado para desestabilizar las instituciones mediante la creación de pánico en la sociedad civil y que escogió, entre otras formas de manifestación

concreta, el ataque a las instalaciones de la Policía Nacional con sede en ese territorio, institución que fue clara al informar y reconocer expresamente que el daño por el cual se reclama se ocasionó con ocasión del hostigamiento, situación que desborda ampliamente las cargas públicas que la víctima debía soportar en pie de igualdad, junto con su comunidad, frente al conflicto que envuelve a los miembros de la Fuerza Pública y los grupos armados al margen de la ley en calidad de combatientes".

(...)

Precisamente, el hecho de quedar en medio del hostigamiento dirigido en contra de las instalaciones policiales, además de situar en indefensión a los civiles no combatientes, materializa el rompimiento de los principios de distinción y de igualdad ante las cargas públicas, como quiera que esa exposición al peligro involucra un alto potencial de daño asociado, daño que en efecto tuvo ocurrencia en el sub lite, sin que el lesionado tuviera el deber jurídico de soportarlo, de modo que en este caso la imputación por daño especial se ajusta al contenido del artículo 90 constitucional, al tomar como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los accionantes y que implica la obligación jurídica del Estado de equilibrar nuevamente las cargas, que debieron soportar, en forma excesiva, algunos de sus asociados en aras de materializar verdaderamente el principio de igualdad".

(...)

Para deducir responsabilidad a título de daño especial, la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas se manifiesta en el daño, que ha de ser anormal y especial, para que se configure el elemento de que trata el artículo 90 constitucional. La antijuridicidad del daño radica en que se produce un desequilibrio de las cargas públicas que se impone a la víctima, en relación con las cargas que deben soportar las demás personas, y por ello resulta indemnizable".

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Tercera, SU del 19 de abril de 2012; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2011.

DECISIÓN:

"PRIMERO: MODIFICAR la sentencia consultada, esto es, la proferida el 12 de diciembre de 2002, por el Tribunal Administrativo de Arauca, la cual en su parte resolutive quedará así:

"PRIMERO. Declarar a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, administrativamente responsable por las lesiones sufridas por Jaime Alonso Bastos Contreras, en hechos ocurridos el 17 de diciembre de 1998 en el Municipio de Saravena (Arauca).

SEGUNDO. Como consecuencia de la declaración anterior, CONDÉNASE a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales las cantidades en salarios mínimos legales mensuales vigentes que a continuación se indican, y a las personas que se relacionan, así:

Para Olivia Contreras De Bastos (madre de la víctima), el valor de sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales.

Para Jaime Alonso Bastos Contreras (víctima,) el valor de sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales.

TERCERO. CONDÉNASE a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a pagar a Jaime Alonso Bastos Contreras por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de ciento cuarenta y tres millones setecientos veintiocho mil trescientos veintiocho pesos m/cte. (\$143.728.328).

CUARTO. CONDÉNASE a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a pagar a Jaime Alonso Bastos Contreras, por concepto de daño a la salud, la cantidad de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO. Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. Sin costas.

SÉPTIMO. Al presente fallo dese cumplimiento de conformidad con las disposiciones de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”

SEGUNDO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.”

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

“1. Se afirmó en la demanda que el día 17 de diciembre de 1998, en contra de una garita de vigilancia del cuartel de la Policía Nacional con sede en Saravena, Arauca, fue lanzado un artefacto explosivo, al parecer una granada de fragmentación, por parte de personas desconocidas pertenecientes a los grupos insurrectos que existen en la región.

2. Señalaron los demandantes que en varias oportunidades, tanto la estación de Policía como un puesto de mando adelantado del Batallón Revéz Pizarro, fueron blanco de esta clase de atentados, ocasionando daños, heridos y muertos en los miembros de la Fuerza Pública.

3. Se agregó que el ataque afectó al señor Jaime Alonso Bastos Contreras, quien en esos momentos transitaba en su motocicleta cerca al lugar donde estaba ubicada la garita, por lo que se le causaron varias heridas que ameritaron la realización de cirugías para reconstrucción de la mano y pierna izquierda, así como en el ojo derecho para la extracción de un cuerpo extraño e implantación de un lente intraocular.

4. La demanda presentada el 27 de noviembre de 2000, fue admitida por auto del 7 de diciembre de la misma anualidad y notificada en legal forma al Ministerio Público el 14 de diciembre de 2000 y a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional el 22 de enero de 2001.

5. La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional dio contestación al libelo para oponerse a las pretensiones, al estimar que no estaban debidamente probados los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado pues, en su criterio, el daño fue ocasionado por un tercero, lo que rompía el nexo de causalidad y conllevaba la inexistencia de responsabilidad patrimonial.

6. Mediante auto del 9 de marzo de 2001 se abrió el proceso a pruebas, y fueron decretadas las solicitadas por las partes.

7. Concluido el término probatorio, por auto de 25 de junio de 2002 se corrió traslado para alegar de conclusión, oportunidad procesal en la cual la parte actora reiteró que el señor Jaime Alonso Bastos Contreras resultó herido en un acto terrorista dirigido en contra de la Estación de Policía de Saravena, por lo que la responsabilidad deprecada era imputable a título de daño especial, ya que la actuación de los servidores públicos fue legítima y ajustada a la ley, no obstante, con la causación del daño antijurídico se rompió el equilibrio ante las cargas públicas frente a los accionantes, personas ajenas al conflicto armado y que no tenían la obligación de asumir el daño derivado de un ataque injusto y leve de la subversión.

8. La demandada se limitó a señalar que en caso de imponerse una condena en su contra, debía tenerse en cuenta que el parentesco entre los demandantes no se encontraba plenamente acreditado, al considerar que si bien los registros civiles de nacimiento señalaban a Olivia Contreras como su madre, no se consignaba en ellos el número de su documento de identificación, por lo que bien podría ser una persona diferente.

9. Por su parte, el Ministerio Público conceptuó que las súplicas de la demanda estaban llamadas a prosperar parcialmente, toda vez que se acreditó en el plenario que el hostigamiento o ataque subversivo tuvo como objetivo específico la Estación de Policía de Saravena, la que constituye un establecimiento militar o de gobierno en sentido lato, por lo que se establece el nexo de causalidad con el daño, materializado en las graves lesiones causadas a Jaime Alonso Bastos Contreras, a quien la Junta de Calificación de Invalidez le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 44.85%.

10. En estas condiciones, para la vista fiscal sólo era viable acceder al reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, al señalar que los gastos en que se dice incurrió el actor no fueron fehacientemente demostrados y debieron ser asumidos por el Instituto del Seguro Social EPS, entidad a la que estaba afiliado el señor Bastos Contreras para la fecha de los hechos."

DECISIÓN:

"PRIMERO. Declarar a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, administrativamente responsable por las lesiones sufridas por Jaime Alonso Contreras Batos (sic), ocurrida (sic) el 17 de diciembre de 1998 en el Municipio de Saravena (Arauca).

SEGUNDO. Como consecuencia de la declaración anterior, CONDÉNASE a la Nación-Ministerio De Defensa-Policía Nacional, a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES las cantidades en salario mínimo legal mensual vigente que a continuación se indican, y a las personas que se relacionan, así:

A Olivia Contrera (sic) de Bastos (madre de la víctima) el valor de 60 salarios mínimos legales mensuales.

A Jaime Alonso Contreras Bastos, (víctima) el valor de 60 salarios mínimos legales mensuales.

TERCERO. CONDÉNASE a la Nación – Ministerio De Defensa – Policía Nacional, a pagar a Jaime Alonso Bastos Contreras por concepto de PERJUICIOS MATERIALES en la modalidad de daño emergente y lucro cesante la suma de noventa y un millones setecientos treinta y tres mil doscientos ochenta y cinco pesos (\$91.733.285.00), conforme a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO. CONDÉNASE a la Nación – Ministerio De Defensa – Policía Nacional, a pagar a Jaime Alonso Bastos Contreras por concepto de PERJUICIOS FISIOLÓGICOS la cantidad de veinticinco (25) salarios mínimos mensuales vigentes.

QUINTO. Denegar las demás pretensiones de la demanda".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Carlos Alberto Zambrano; Mauricio Fajardo Gómez; Enrique Gil Botero; Danilo Rojas Betancourth y Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Contractual	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 73001-23-31-000-2000-03075-01 [24.897]	FECHA: 19/11/2012
PONENTE: Jaime Orlando Santofimio Gamboa		ACTOR: Manuel Ricardo Pérez Posada	
DEMANDADO: Municipio de Melgar			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
----	--	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se negaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 8 de la Ley 153 de 1887; artículo 1525 del Código Civil; artículo 831 del Código de Comercio.

TEMA PRINCIPAL: Enriquecimiento sin justa causa/actio de *in rem verso*.

TEMA COMPLEMENTARIO: Procedencia de la teoría del enriquecimiento sin justa causa. Autonomía o no de la actio de *in rem verso* (acción de reparación directa).

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima: "la parte demandada interpuso el recurso de apelación por estimar que el Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda con base en unos documentos que carecen de valor probatorio en virtud de que fueron aportados al proceso en copia simple.

Por otro lado, el recurrente solicita que se declare la nulidad de lo actuado a partir de los alegatos de conclusión en razón a que la adecuación de la acción contractual a la de *in rem verso* realizada en el fallo de primera instancia vulneró su derecho de defensa y en consecuencia el debido proceso que debe regir las actuaciones judiciales".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Para este efecto la Sala empieza por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la *actio de in rem verso*, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 8° de la ley 153 de 1887, y ahora

consagrado de manera expresa en el artículo 831 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la *actio de in rem verso* requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente.

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º). En los demás casos de urgencia manifiesta, que no queden comprendidos en esta hipótesis, la solemnidad del escrito se sujeta a la regla general expuesta.

No se olvide que las normas que exigen solemnidades constitutivas son de orden público e imperativas y, por lo tanto, inmodificables e inderogables por el querer de sus destinatarios.

En consecuencia, sus destinatarios, es decir todos los que pretendan intervenir en la celebración de un contrato estatal, tienen el deber de acatar la exigencia legal del escrito para perfeccionar un negocio jurídico de esa estirpe sin que sea admisible la ignorancia del precepto como excusa para su inobservancia.

Y si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la *actio de in rem verso* en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva.

(...)

Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho "constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario".

(...)

Pero por supuesto en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se está sosteniendo es que la *actio de in rem verso* no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador.

Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la *actio de in rem verso* sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la *actio de in rem verso* a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium construyó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4° de la Ley 80 de 1993.

El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la *actio de in rem verso*, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales.

Ahora, en los casos en que resultaría admisible se cuestiona en sede de lo contencioso administrativo si la acción pertinente sería la de reparación directa.

Se recuerda que, de un lado, se prohija las tesis que niega la pertinencia de la vía de la reparación directa con fundamento en que se trata de una acción autónoma que es de carácter compensatoria y no indemnizatoria, aspecto este último que constituye la esencia la acción de reparación directa, y, de otro lado, se aduce que el camino procesal en lo contencioso administrativo es precisamente la de la reparación directa porque mediante esta se puede pedir la reparación de un daño cuando la causa sea, entre otras, un hecho de la administración.

Pues bien, si se tiene en cuenta que el enriquecimiento sin causa constituye básicamente una pretensión y que la autonomía de la *actio de in rem verso* se relaciona con la causa del enriquecimiento y no con la vía procesal adecuada para enrutarla, fácilmente se concluye que en materia de lo contencioso administrativo a la pretensión de enriquecimiento sin causa le corresponde la vía de la acción de reparación directa.

[...]

Emerge por consiguiente que la *actio de in rem verso*, más que una propia y verdadera acción, es una pretensión restitutoria de un enriquecimiento incausado, enriquecimiento este que a no dudarlo constituye un daño para el empobrecido y que por lo tanto es equitativo que aunque no exista causa al amparo de la cual pueda exigirse la restitución esta se conceda en aplicación de la regla que prohíbe enriquecerse a expensas de otro.

Luego es en ese ámbito y de esta manera como debe entenderse la autonomía de la *actio de in rem verso*, lo que en otras palabras significa que su autonomía es más de carácter sustancial que procedimental.

Así el asunto resulta claro que mediante la llamada acción de reparación directa que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo puede pretenderse el reconocimiento del enriquecimiento sin causa y la consiguiente restitución en todos aquellos casos en que resultaría procedente, puesto que esta acción está prevista precisamente para poder demandar directamente la reparación del daño cuando provenga, entre otros eventos, de un hecho de la administración.

Y el argumento para negar la viabilidad de la reparación directa para las pretensiones de enriquecimiento sin causa, sosteniendo que aquella es indemnizatoria y esta compensatoria, también se derrumba con sólo considerar que quien se ve empobrecido sin una causa que lo justifique está padeciendo un daño y por ende puede pedir su reparación, pero como de la esencia de una pretensión edificada sobre un enriquecimiento incausado es que la restitución sólo va hasta el monto del enriquecimiento, es esto lo que en ese caso puede pedir y nada más.

Puestas así las cosas aparece obvio que la vía procesal en lo contencioso administrativo para recabar un enriquecimiento incausado es la de la reparación directa porque mediante esta se puede demandar la reparación del daño y esto es precisamente lo que padece quien se ve empobrecido si quien correlativamente se enriquece sin una causa que lo justifique.

Pero, se reitera, lo único que podrá pedir mediante esa acción es el monto del enriquecimiento y nada más y esta circunstancia en manera alguna desfigura o enerva la acción de reparación directa puesto que lo sustantivo prevalece sobre lo adjetivo o procedimental.

Corolario de lo anterior es que todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad en los casos de enriquecimiento sin causa se rige por los de la reparación directa porque esa pretensión se hace valer mediante esta acción.

Así las cosas, cuando se formulen demandas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en ejercicio de la *actio de in rem verso*, el proceso tendrá doble instancia de acuerdo con lo establecido en los artículos 132 y 134B del C. C. A., el procedimiento aplicable será el ordinario de conformidad con el 206 íbidem y la competencia en razón del territorio se regirá por la regla de la letra f del artículo 134D de ese ordenamiento.

Por consiguiente, de la *actio de in rem verso*, cuya cuantía no exceda de 500 salarios mínimos legales mensuales, conocerán en primera instancia los jueces administrativos y en la segunda instancia los Tribunales Administrativos.

Ahora, de aquella cuya cuantía exceda los 500 smmlm conocerán en primera instancia los Tribunales Administrativos y en segunda instancia la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la salvedad que las decisiones serán adoptadas por las respectivas subsecciones".

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de julio de 1990, Exp.: 5579; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 1991, Exp.: 6306; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, Exp.: 35026; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de septiembre de 1992, Exp.: 6822; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de julio de 1996, Exp.: 9409; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de octubre de 1991, Exp.: 5686; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de marzo de 2006, Exp.: 25662; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Exp.: 15469; Consejo de Estado el 8 de mayo de 1995, Exp.: 8118; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de agosto de 2001, Exp.: 6673; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de noviembre de 1991, Exp.: 6306; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de enero de 1994; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 1997, Exp.: 10030; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, Exp.: 14669; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, Exp.: 35026; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de diciembre de 1984, Exp.: 4070; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de febrero de 1991, Exp.: 5618; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de julio de 1992, Exp.: 5876; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 1997, Exp.: 10030; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2000, Exp.: 12775; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 1998, Exp.: 11099; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, Exp.: 15662; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, Exp.: 35026; Consejo de Estado, auto del 6 de agosto de 2009, Rad.: 13001-23-26-000-2005-01843-01 (33.921); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp.: 17008; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2011, Exp.: 18836.

DECISIÓN:

"PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar NEGAR LA TOTALIDAD DE LAS PRETENSIONES de la demanda."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

Los hechos que fundaron la acción fueron los siguientes:

1. El 2 de abril de 1998 demandante y demandado celebraron el contrato de obra pública No. 008 por medio del cual aquel se obligó a ejecutar para este la ampliación de la calle 7a entre las carreras 19 y 18 del municipio de Melgar, departamento del Tolima.
2. El término de duración se pactó en 30 días contados a partir de la expedición del acta de iniciación de las obras y de la entrega del anticipo.
Como valor total del contrato se convino la suma de \$25.514.064 del cual se pagaría, una vez legalizado, el 50% como anticipo, un 25% al corte parcial de la obra y el restante 25% una vez finalizado el objeto contractual.
3. El 6 de abril de 1998, las partes suscribieron el acta de recibo final de las obras del contrato No. 008 de 1998.
4. Con el objeto de adicionar dicho contrato, las partes celebraron tres (3) acuerdos verbales por medio de los cuales el contratista se comprometió, en primer lugar a ejecutar para el municipio de Melgar la pavimentación de la carrera 18 entre calles 7a y 7aA y de la calle 7a entre carreras 18 y 17; en segundo lugar, de la calle 7a entre carreras 17 y 16; y, finalmente, de la calle 7a entre carreras 16 y 15.

5. El 23 de julio de 1998, el Interventor de las obras informó al municipio de Melgar que el contratista ya había ejecutado el objeto de los contratos adicionales, esto es la pavimentación de la calle 7a entre carreras 18 y 15 y de la carrera 18 entre calles 7a y 7A.

6. Así mismo, el 16 de febrero de 1999 y el 20 de mayo de 1999, la Secretaría de Obras Públicas del municipio de Melgar certificó que el contratista había ejecutado las obras adicionales.

7. Las partes suscribieron dos actas de conciliación, una el 13 de enero y la otra el 15 de marzo de 1999, en las que consta que el municipio de Melgar se comprometió a pagar al contratista la suma de \$146.689.994, más los intereses moratorios a una tasa del 2.7% mensual, como contraprestación por las obras ejecutadas.

8. El Tribunal Administrativo del Tolima no aprobó los acuerdos conciliatorios en razón a que en el primero no constaba la lista oficial de precios utilizada para la liquidación de los contratos y en el segundo no se había allegado la prueba de los contratos adicionales que eran la causa del conflicto, situación esta última que lo llevó a remitir copias a la Fiscalía y a la Procuraduría para que realizaran las investigaciones pertinentes.

9. El 19 de mayo de 1999 se llevó a cabo una diligencia de inspección judicial con intervención de peritos, la cual fue solicitada por el contratista como prueba anticipada ante el Juez Segundo Civil del Circuito, donde se constató que el contratista había realizado unas obras sobre la calle 7a entre carreras 18 y 15 y sobre la carrera 18 entre calles 7a y 7A.

10. El 23 de agosto de 2000, las partes celebraron otra audiencia de conciliación pero esta vez el municipio de Melgar se abstuvo de acordar una fórmula de arreglo en razón a que estaba en curso una investigación por la celebración de los contratos.

A la fecha de presentación de la demanda no se ha cancelado el valor de las obras ejecutadas por el contratista debido a que los contratos aún no constan por escrito".

DECISIÓN:

"En sentencia del 10 de marzo de 2003 el Tribunal Administrativo del Tolima negó la existencia de contrato alguno entre las partes, declaró que el municipio de Melgar se enriqueció sin justa causa a expensas del contratista, lo condenó al pago de \$172.531.311,80., y negó las demás pretensiones de la demanda.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Los artículos 41 de la ley 80 de 1993 y 71 del decreto ley 111 de 1996 o Estatuto Orgánico del Presupuesto establecen, respectivamente, que los contratos estatales se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleva a escrito, y que todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad, de ahí que los acuerdos verbales celebrados por las partes para adicionar el contrato No. 008 de 1998 no hayan nacido a la vida jurídica.

La inexistencia de los contratos adicionales no impide reconocer que el demandante gastó \$122461.962,70 en la pavimentación de la calle 7a entre carreras 18 y 15 y de la carrera 18 entre calles 7a y 7A del municipio de Melgar.

Como el principio *iura novit curia* permite adecuar la acción contractual a la de in rem verso, el Tribunal decide acceder a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el municipio de Melgar se enriqueció sin justa causa a expensas del patrimonio del demandante quien además, carece de cualquier otra acción para formular su reclamación.

El a quo condena al municipio de Melgar al pago de la suma de \$122461.962,70, la que una vez actualizada asciende a \$172.531.311,80, por concepto de las obras ejecutadas por el demandante".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 110010326000200 90005700 (37.003)	FECHA: 20/03/2013
-------------------------	--	--	-----------------------------

PONENTE: Olga Mélida Valle de De La Hoz **ACTOR:** Camilo Andrés Chinchilla Rozo

DEMANDADO: Ministerio del Interior y de Justicia

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
----	--	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se denegaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 116 de la Constitución Política

TEMA PRINCIPAL: Conciliación prejudicial en el proceso arbitral.

TEMA COMPLEMENTARIO: Naturaleza jurídica de la conciliación prejudicial. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por los particulares: Reserva legal.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El actor demanda la nulidad del parágrafo 5 del artículo 2 del Decreto 1716 de 2009, por violación al artículo 13 de la ley 1285 de 2009, que adicionó el artículo 42 A de la Ley 270 de 1996, en tanto excluye la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para los procesos que se tramiten ante los tribunales de arbitramento, cuando se trata de acciones de controversias contractuales. Lo anterior por considerar que, el artículo 13 de la ley 1285 de 2009 dispone que la conciliación extrajudicial siempre constituirá un requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, sin que se efectúe distinción alguna respecto de la jurisdicción ante la cual se acude para el ejercicio de la acción."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Para la Sala, el parágrafo 5° del artículo 2 del decreto 1716 de 2009, no es contrario al artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 por las razones que pasan a exponerse: i) tanto la conciliación como el arbitraje son de naturaleza jurisdiccional y por tanto su ejercicio por los particulares es de reserva legal; ii) la conciliación como requisito de procedibilidad de que trata la Ley 1285 de 2009, la circunscribió el legislador al ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C. C. A., y concretamente respecto de este último, cuando se ejercite ante la jurisdicción de lo

contencioso administrativo; iii) la norma enjuiciada reafirma que ese requisito de procedibilidad es exigible únicamente cuando la acción de que trata el artículo 87 ibídem se ejercite precisamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no ante los tribunales de arbitramento; iv) la conciliación como requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa, tiene como finalidad, descongestionar los despachos judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa y no la arbitral.

(...)

En materia de arbitramento existe un trámite prearbitral y uno arbitral.

El trámite prearbitral está a cargo del Director del Centro de Arbitraje, según se deduce del texto de los artículos 127, 128 y 141 del Decreto 1818 de 1998, los cuales exigen que la solicitud de convocatoria del Tribunal reúna los mismos requisitos que la Ley prevé para la demanda; que una vez admitida se corra traslado de la misma a la otra parte a fin de que la conteste; y que vencido el término de traslado se señale fecha para la audiencia de conciliación.

Fracasada la conciliación, con la cual termina la etapa pre- arbitral, se entra a la arbitral, que se inicia con la instalación del Tribunal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 142 del citado Decreto 1818 y El Director del Centro entregará a los árbitros la actuación surtida hasta ese momento" (numeral 3 del citado artículo).

En las normas siguientes (artículos 143 a 157), referentes al trámite arbitral, no se evidencia actuación alguna relativa a la admisión de la solicitud de convocatoria, lo cual hace concluir que la misma corresponde única y exclusivamente al Centro de Arbitraje y Conciliación.

Ahora, las providencias relacionadas anteriormente, encaminadas bien sean a que se produzca una conciliación o a que se dirima la controversia a través del fallo arbitral, no pueden tener una naturaleza diferente de los actos definitivos que se producen en dichas etapas. Si estos son de contenido jurisdiccional, pues los conciliadores y árbitros están investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, los actos de trámite, previos a aquellos, también tienen tal connotación, pues, no solo cumplen con la finalidad de dar impulso al proceso arbitral, sino que en su forma y fondo están sometidas a lo previsto en el código de procedimiento civil para los procesos judiciales".

FUENTES: Artículo 116 de la Constitución Política; artículos 23, 24 y 25 de la Ley 640 de 2001; Artículo 3 de la Ley 1285 de 2009.

DECISIÓN:

"PRIMERO: Denegar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"El nueve de junio de 2009, el ciudadano Camilo Chinchilla Rozo, actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad presentó demanda, solicitó se declare la nulidad del parágrafo 5 del artículo 2 del artículo 2 del Decreto 1716 de mayo 14 de 2009, solicitando también la suspensión provisional de la misma.

La norma demandada es el parágrafo 5 del artículo 2 del Decreto 1716 de mayo 14 de 2009, expedido por el Gobierno Nacional –Ministerio del Interior y de Justicia- "Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la ley 640 de 2001.

La cual establece: "El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales, cuyo trámite se regula por lo dispuesto por el artículo 121 de la ley 446 de 1998".

(...)

Ahora bien, debe precisar la Sala que uno de los propósitos del legislador al expedir la Ley 1285 de 2009, fue la descongestión judicial, y en tal cometido el artículo 13 que adiciona la Ley 270 de 1996, exige la conciliación como requisito de procedibilidad cuando los asuntos sean conciliables, en las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, luego, ante esa precisión puntual del legislador, no es posible extrapolar ese requisito de procedibilidad para acceder a los tribunales de arbitramento, por cuanto estos no hacen parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, y por ende no ejercen la función jurisdiccional de manera permanente, sino temporal y transitoria cuando se convocan para dirimir un conflicto, en cuyo evento el procedimiento por el cual se rigen no es el Código Contencioso Administrativo, de tal suerte que no se evidencia esa misma finalidad para el caso de las acciones y procesos que se adelantan ante la justicia arbitral."

5. SEGUNDA INSTANCIA

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

FECHA DE REVISIÓN DE LA FICHA:

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 05001-23-31-000-1997-01432-01 (26.011)	FECHA: 06/06/2013
PONENTE: Enrique Gil Botero		ACTOR: Ilveria Amparo Montes Aristizábal y otros	
DEMANDADO: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y Municipio de Medellín			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se denegaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 90 de la Constitución Política.

TEMA PRINCIPAL: Inexistencia de responsabilidad por actos terroristas cuando el riesgo ha sido propiciado por un particular.

TEMA COMPLEMENTARIO: Regímenes de responsabilidad o títulos de imputación jurídica.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La parte demandante interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia. Manifestó que del material aportado se evidenciaba claramente la falla del servicio imputable a las entidades demandadas, pues se omitió la prestación oportuna y adecuada del servicio de vigilancia. Adicionalmente, aún cuando el lugar donde ocurrieron los hechos no constituía un objetivo militar claramente determinado, allí se encontraba la escultura 'El Pájaro' de Fernando Botero, padre del entonces Ministro de Defensa, y esto sumado a la grave situación de orden público que se vivía en ese entonces y a las constantes amenazas contra altos funcionarios del Estado, se podía acreditar sin lugar a dudas que el ataque era previsible."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Finalmente, la Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de unificación, recogió la temática en la materia, señalando la pertinencia en la aplicación de los anteriores regímenes de responsabilidad en los eventos de actos terroristas. En efecto, se dijo:

"En el presente caso se encuentra probada la ocurrencia de un ataque perpetrado por subversivos a la estación de policía de Silvia (Cauca), confrontación en la cual, los atacantes causaron averías y destrozos a las viviendas circundantes, entre ellas, la de la señora María Hermenza Tunubala.

"No se encuentra probado que la demandada hubiese omitido tomar las medidas preventivas adecuadas en este evento, así como tampoco que hubiere sido informada previamente de la inminencia del ataque, ni existe prueba en el proceso indicativa de alguna circunstancia reprochable de su actuar en este caso; es decir, bajo esa perspectiva no existe la posibilidad de imputar la responsabilidad del Estado a título de falla en el servicio.

"No obstante lo anterior, la ausencia de falla en el servicio en estos casos no puede llevar automáticamente a la exoneración de responsabilidad estatal, por cuanto el nuevo orden constitucional impone que se analice el daño antijurídico desde la óptica de las víctimas, quienes se han visto obligadas a soportar un daño que en ningún momento tenían por qué asumirlo.

"Como sea que los hechos que dieron lugar al daño por el cual hoy se reclama ocurrieron en el marco del conflicto armado interno y resulta evidente que es al Estado a quien corresponde la búsqueda de soluciones que conlleven a la terminación de la guerra, de ahí que debe convenirse en que se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas.

"(...)

"Ahora, en cuanto al título de imputación como herramienta de motivación que debe ser aplicado para dar respuesta al caso concreto, la Sala considera que, en aras de materializar el valor justicia, la responsabilidad del Estado en este caso se ha comprometido a título de daño especial, por entenderse que no hay conducta alguna que pueda reprochársele a entidad demandada, quien actuó dentro del marco de sus posibilidades, así como tampoco se puede reprochar la conducta de la actora, quien se presenta como habitante del pequeño poblado de Silvia, víctima indirecta de un ataque dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil y que, en tales circunstancias le causó un perjuicio en un bien inmueble de su propiedad, trayendo para ella un rompimiento de las cargas públicas que debe ser indemnizado.

"Y es que si bien ha sido claro para la Sección Tercera que la teoría del daño especial exige un factor de atribución de responsabilidad al Estado, es decir, que el hecho causante del daño por el que se reclame pueda imputársele jurídicamente dentro del marco de una "actuación legítima", esta "actuación" no debe reducirse a la simple verificación de una actividad en estricto sentido físico, sino que comprende también aquellos eventos en los que la imputación es principalmente de índole jurídica y tiene como fuente la obligación del Estado de brindar protección y cuidado a quienes resultan injustamente afectados.

"En conclusión, la Sección considera que en este caso resulta aplicable la teoría del daño especial, habida cuenta que el daño, pese que se causó por un tercero, lo cierto es que ocurrió dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos, óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen visible y palpable, la legitimidad del Estado."

"(...)

En consecuencia, la imputación con fundamento en el título de daño especial o riesgo excepcional, no son aplicables al caso, en atención a que, se insiste, no se estableció el objetivo de la explosión, de allí que no puede considerarse responsable a las entidades demandadas, pues para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, en principio, se requiere que haya sido dirigido contra una institución militar o policiva, o un funcionario representativo del Estado, ya que bajo estas especiales circunstancias es que se genera la carga que el particular no tenía la obligación o el deber de soportar.

(...)

En efecto, la imputación con fundamento en el título de daño especial o riesgo excepcional no es aplicable al asunto sub examine, toda vez que el atentado no estaba dirigido contra una institución o persona representativa del Estado, lo que generaría una carga que los demandantes no estaban obligados a soportar, por el contrario, fue un acto terrorista indiscriminado que alteró la tranquilidad y el orden público”.

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2012, Exp.: 21515.

DECISIÓN:

“Primero. Confírmase la sentencia del 22 de mayo de 2003, proferida por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Segundo. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.”

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

“1. En escrito presentado el 10 de junio de 1997, la señora Iloveria Amparo Montes Aristizábal actuando en su nombre y en representación de su hija menor de edad, Leidy Catherine Valencia Montes, mediante apoderado judicial, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación -Ministerio de Defensa, Policía Nacional y el Municipio de Medellín, por la muerte de su compañero permanente y padre, Edilson Valencia Espejo, ocurrida el 10 de junio de 1995, cuando explotó una bomba en el parque San Antonio en la ciudad de Medellín.

Solicitaron que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales, 2.000 gramos de oro para cada uno de las demandantes. Por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, las sumas de dinero dejadas de percibir, en consideración a que dependían económicamente de la víctima.

En apoyatura de sus pretensiones, narraron que en la fecha y lugar citados se desarrollaba un festival patrocinado por la Alcaldía de Medellín, en el que se encontraba el señor Edilson Valencia Espejo, vendiendo frutas. Aproximadamente a las 9:25 p.m., explotó una bomba ubicada en la escultura “El Pájaro” del Maestro Fernando Botero, padre del entonces Ministro de Defensa, que causó la muerte a varios de los asistentes, entre ellos, el señor Valencia Espejo.

Señalaron que el parque donde ocurrieron los hechos estaba a una cuadra de distancia del Comando Metropolitano de la Policía de Medellín y a dos cuerdas de la Estación de Policía ‘La Candelaria’, sin embargo, los uniformados no prestaron la protección ni vigilancia que requería el evento que se desarrollaba, desconociendo la grave situación de orden público que imperaba en el lugar, por lo tanto, el Estado era responsable de los daños causados con el atentado terrorista, en consideración a que las entidades demandadas tenían el deber de proteger a la ciudadanía.”

DECISIÓN:

"El *a quo*, en sentencia del 22 de mayo de 2003, negó las pretensiones de la demanda, en razón a que del material probatorio dedujo que no existía falla del servicio imputable a las demandadas. Consideró que las entidades cumplieron con las obligaciones que les correspondían, toda vez que, por parte del municipio, este concedió el permiso para realizar el evento acatando las normas aplicables, y respecto a la Policía Nacional, esta prestó el servicio de vigilancia adecuado, además, previo a la ocurrencia de los hechos, no se conocían amenazas que ameritaran medidas de seguridad adicionales."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Danilo Rojas Betancourth; Stella Conto Díaz del Castillo y Mauricio Fajardo Gómez.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 05001-23-31-000-1996-00659-01{25022}	FECHA: 28/08/2013
------------------------------------	--	--	-----------------------------

PONENTE: Enrique Gil Botero

ACTOR: Rubén Darío Silva Alzate y otros

DEMANDADO: Nación – Fiscalía General de la Nación

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la libertad

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil; Artículo 414 del Código de Procedimiento Penal.

TEMA PRINCIPAL: Reconocimiento y tasación de perjuicios morales por privación injusta de la libertad: unificación jurisprudencial.

TEMA COMPLEMENTARIO: Valor probatorio de las copias simples.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en providencia de 17 de marzo de 2003, y admitido el 12 de agosto siguiente; el 10 de septiembre de la misma anualidad se dio traslado para alegar de conclusión.

Como fundamento de la impugnación se sostuvo que la sentencia absolutoria es prueba del procedimiento irregular de la Policía Nacional que culminó con la medida de aseguramiento de detención preventiva ordenada por la Fiscalía General de la Nación. Así mismo, afirmó que la falla en el servicio estuvo en que, al retener los tres vehículos, los agentes de la Policía mandaron a lavar el taxi en el que se habían cometido los delitos, con lo cual quedó destruida la evidencia sobre la autoría, de ahí que se obstruyó la investigación penal cuya consecuencia fue la mayor demora en la administración justicia. Es ese sentido considera que las manchas de sangre producto del homicidio y/u otra evidencia, pudo haber agilizado el esclarecimiento de los hechos, lo que no fue posible por el actuar negligente en el manejo de la cadena de custodia de los medios de prueba.

Durante el término para alegar de conclusión, la Fiscalía General de la Nación reiteró los argumentos expuestos en primera instancia. Y, adicionalmente, alegó el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad, comoquiera que su actividad estaba justificada y se derivó de los elementos otorgados por la Policía Nacional.

Por su parte, la Policía Nacional invocó la inexistencia del nexo causal entre su acción y el daño alegado, como elemento esencial para declarar la responsabilidad; de otro lado, sostuvo que su actividad se limitó a poner a disposición de la Fiscalía a quienes, de acuerdo con las circunstancias, consideró que podían tener participación en los ilícitos, no obstante, a esta última fue a quien le correspondió definir la situación jurídica de los retenidos y la que decidió las medidas preventivas, teniendo de presente las garantías de sus derechos fundamentales.

A su turno, la parte demandante, el Consejo Superior de la Judicatura y el Ministerio Público guardaron silencio."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C. G. P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C. G. P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C. P. C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–.

(...)

La Sala de Sección aprovecha esta oportunidad para advertir la necesidad de unificar criterios a fin de propender por su trato igualitario en punto de reconocimiento y tasación de los perjuicios morales en los supuestos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, a partir de una fórmula objetiva para determinar los montos indemnizatorios reconocidos en esta tipología de perjuicios.

Lo anterior, debido a la problemática que se ha suscitado en la jurisprudencia de las Subsecciones por la utilización de metodologías diferentes para la tasación de los perjuicios inmateriales.

De otro lado, según lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad ; en esa línea de pensamiento, se ha considerado que ese dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades , al tiempo, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su derecho fundamental a la libertad.

Respecto del cuántum al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se unifica, se encuentra suficientemente establecido que el juez debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto.

Con todo y, de nuevo, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto, la Sala, para efectos de determinar el monto de los perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad, estima necesario tener en cuenta, tal como lo ha hecho de manera reiterada e invariable, algunos de los presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo a la determinación de su arbitrio, con el fin de eliminar al máximo apreciaciones eminentemente subjetivos y garantizar así, de manera efectiva, el Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la igualdad (artículos 13 y 209 C. P.), propósito para cuya consecución se han utilizado, entre otros: i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria; iii) la gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado; iv) la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad.

Ahora bien, sin que de manera alguna implique un parámetro inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la decisión del juez en estos eventos, la Sala formula las siguientes reglas que sirven como guía en la tasación del perjuicio moral de la víctima directa en escenarios de privación injusta de la libertad: i) en los casos en que la privación sea superior a 18 meses, se reconozca la suma de 100 smmlv; ii) cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 smmlv; iii) si excedió los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 smmlv, iv) si fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 smmlv, v) de igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 smmlv, vi) si la medida supera 1 mes pero es inferior a 3 meses, se insinúa el reconocimiento de 35 smmlv, y vii) finalmente, si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 smmlv, todo ello para la víctima directa –se insiste– y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados.

Se reitera, los anteriores parámetros objetivos sirven como norte, guía o derrotero a efectos de que se garantice el principio de reparación integral del artículo 16 de la ley 446 de 1998, y los principios de igualdad material y dignidad humana, para lo cual el juez al momento de la valoración del daño moral es preciso que motive con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales se reconoce el respectivo perjuicio".

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2002, Exp.: 12076; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp.: 15980; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de julio de 2012, Exp.: 23688; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, Exp.: 23998 y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2013, Exp.: 24296; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de julio de 2013, Exp.: 27289.

DECISIÓN:

"**UNIFÍCASE** la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el valor probatorio de las copias simples y la tasación de los perjuicios inmateriales en escenarios de privación injusta de la libertad, conforme a los lineamientos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

REVÓCASE la sentencia del cuatro de octubre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y en su lugar se dispone:

PRIMERO. Declárese administrativamente responsable a la Nación - Fiscalía General de la Nación, de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la privación injusta de la libertad de Rubén Darío Silva Alzate.

SEGUNDO. Como consecuencia condénase a la Nación - Fiscalía General de la Nación, a pagar a los demandantes los siguientes conceptos:

PERJUICIOS MORALES

Para Rubén Darío Silva Alzate, la suma equivalente a 90 salarios mínimos mensuales legales vigentes;

Para Deysi Yurani Silva Yepes (hija), la suma equivalente a 90 salarios mínimos mensuales legales vigentes;

Para Blanca Esther Alzate Ospina (madre), la suma equivalente a 90 salarios mínimos mensuales legales vigentes;

Para Sigifredo De Jesús Silva Giraldo (padre), la suma equivalente a 90 salarios mínimos mensuales legales vigentes;

Para Sandra Milena Silva Alzate (hermana), la suma equivalente a 45 salarios mínimos mensuales legales vigentes;

Para Sigifredo De Jesús Silva Alzate (hermano), la suma equivalente a 45 salarios mínimos mensuales legales vigentes;

Para Carlos Arturo Silva Alzate (hermano), la suma equivalente a 45 salarios mínimos mensuales legales vigentes;

Para José Alirio Silva Alzate (hermano), la suma equivalente a 45 salarios mínimos mensuales legales vigentes;

Para Jhon Elkin Silva Alzate (hermano), la suma equivalente a 45 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

PERJUICIOS MATERIALES

Para el señor Rubén Darío Silva Alzate la suma de nueve millones trescientos treinta mil quinientos cuarenta pesos (\$9'330.540.00), por concepto de DAÑO EMERGENTE.

Para el señor Rubén Darío Silva Alzate la suma de diecinueve millones doscientos noventa mil cuatrocientos sesenta pesos con setenta y cinco centavos (\$19'290.460.75), por concepto de LUCRO CESANTE.

TERCERO. NIÉGASE las demás pretensiones de la demanda”.

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

“1. En demanda presentada el 12 de abril de 1996, Rubén Darío Silva Alzate, quien obra en nombre propio y en representación de su hija menor, Deysi Yurani Silva Yepes; Sigifredo de Jesús Silva Giraldo y Blanca Esther Alzate Ospina; Sandra Milena, Sigifredo de Jesús, Carlos Arturo, José Alirio y John Elkin Silva Alzate, deprecaron que se declarara patrimonialmente responsables a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional –, Fiscalía General de la Nación y Consejo Superior de la Judicatura, por los perjuicios causados con motivo de la privación injusta de la libertad de que fue objeto el primero, durante el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1992 y el 14 de abril de 1994 (fls. 17 a 67 Cdo. Ppal.).

En consecuencia, solicitaron que se condenara a las demandadas a pagar: i) por concepto de perjuicios morales, el valor equivalente a 5.000 gramos de oro a favor de Rubén Darío Silva Álzate, así como 1.000 gramos de oro para cada uno de los otros demandantes, ii) por perjuicios psicológicos, la suma de equivalente a 1.000 gramos de oro para Rubén Darío Silva Alzate y 500 gramos de oro para cada uno de sus padres e hija, y iii) por perjuicios biológicos, el equivalente a 1000 gramos de oro a favor de Rubén Darío Silva Álzate. De otro lado, a título de lucro cesante solicitaron, lo que se pruebe que dejó de percibir el señor Silva Álzate por la suspensión de su actividad laboral durante el tiempo de reclusión; la suma de \$2.000.000.00, correspondientes a los honorarios cobrados por el apoderado judicial en el proceso penal, y los gastos sufragados por Sigifredo de Jesús Silva Giraldo relacionados con las obligaciones que no pudo cumplir con su hijo por estar en el centro penitenciario; así mismo, los dineros que dejó de recibir Blanca Esther Alzate Ospina, en su calidad de madre, durante el tiempo en que su hijo estuvo en prisión.

2. En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

2.1. El 21 de diciembre de 1992, unos agentes de policía retuvieron a Rubén Darío Silva Alzate, mientras conducía un taxi e iba detrás de otro vehículo de servicio público.

2.2. El señor Silva Alzate decidió seguir el otro taxi, al advertir que este se encontraba en peligro, toda vez que se dirigía en dirección a un carretera insegura conocida como “la curva del diablo”, ubicada en la carrera 58 con calle 90, del sector Moravia en Medellín.

2.3. El taxista de adelante, se encontraba cumpliendo la orden policial de transportar a dos agentes de policía vestidos de civil y a dos delincuentes, inicialmente hacia la Estación de Policía del Norte, y después con destino a “la curva del diablo”, en razón a que los policiales le habían ordenado colaborar efectuando “un paseo” a los criminales.

2.4. Posteriormente, uno de los agentes le pidió al conductor del primer taxi que detuviera el vehículo, con el fin de apartarse para darle muerte a uno de los delincuentes, lo cual sucedió. Una vez continuada la marcha, a pocos metros del lugar del crimen, se percataron de la presencia de otros policiales uniformados, por lo cual los agentes que estaban de civil procedieron a bajarse del automotor y ordenaron al taxista seguir y manifestarle a los policías, en caso de ser detenido, que llevaba a un “atraccador”.

2.5. Al ser interceptado, el taxista manifestó lo ordenado y, en consecuencia, los agentes inmediatamente procedieron a su detención, y se dieron a la búsqueda de dos taxistas que se encontraban trabajando y que minutos antes habían pasado por el lugar, uno de los cuales era el señor Rubén Darío Silva Alzate.

2.6. Los tres detenidos y los vehículos fueron puestos a orden de la Fiscalía competente, no obstante, previa a la entrega de los automotores, los miembros de la policía lavaron el carro en el que se habían cometido los ilícitos.

2.7. El 29 de diciembre de 1992, el Fiscal Primero de la Unidad Especializada de Vida, al resolver la situación jurídica de los sindicados, decretó medida de aseguramiento consistente en detención sin beneficio de excarcelación.

2.8. Finalmente, en sentencia del 25 de marzo de 1994, proferida por el Juzgado 21 Penal del Circuito se absolvió al señor Rubén Darío Silva Alzate y a los otros dos taxistas, de los cargos por los que se les acusó, de los delitos de homicidio y secuestro simple. La anterior providencia fue notificada el 7 de abril de la misma anualidad y, en consecuencia, quedó ejecutoriada el 14 del mismo mes y año.

3. La demanda fue admitida en auto del 9 de mayo de 1996 y notificada en debida forma.

3.1. La Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional en el escrito de contestación alegó el hecho de un tercero, descartando cualquier asomo de responsabilidad de la administración. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda y afirmó que no existía privación injusta de la libertad, pues las circunstancias en que ocurrieron los hechos permitían la detención preventiva en razón a la presunta comisión de los delitos; sostuvo que tampoco existió error judicial, pues, se trató de una actuación razonable y justificada; ni defectuoso funcionamiento de la administración de justicia comoquiera que todas las actuaciones fueron conforme a derecho.

De otro lado, el Consejo Superior de la Judicatura sostuvo que la demanda no es clara en identificar los hechos que específicamente causaron los daños alegados, de ahí que no se puede determinar la responsabilidad; además, sustentó que las actuaciones judiciales realizadas se hicieron de acuerdo con el régimen legal, respetando los términos procesales establecidos.

3.2. En providencia del 20 de febrero de 1997, se abrió la etapa probatoria y una vez concluida, el 26 de abril de 2001 se corrió traslado para alegar de conclusión.

En su oportunidad, la Policía Nacional sostuvo que la privación de la libertad de Rubén Darío Silva fue justificada en razón a que las circunstancias en que hizo la captura permitían inferir que este se encontraba involucrado en la comisión de los delitos de homicidio y secuestro, por lo cual era imprescindible su captura para recaudar las pruebas.

De otro lado, la Fiscalía General de la Nación alegó que al resolver la situación jurídica de Silva Alzate se contaban con indicios suficientes para ordenar la detención preventiva, por lo cual, la sentencia absolutoria no es prueba de que la privación de la libertad haya sido injusta. Además, afirmó que los perjuicios sufridos por el demandante en el centro penitenciario, de ser acreditadas, debían ser reparados por el Inpec y no por la entidad.

Finalmente, el apoderado del Consejo Superior de la Judicatura en sus alegatos sostuvo que durante el proceso no se acreditaron los elementos propios de la falla en el servicio, de ahí que, no había lugar declarar su responsabilidad por error judicial que derivó en la privación injusta de la libertad del señor Silva Alzate".

DECISIÓN:

"En sentencia de 4 de octubre de 2002, el Tribunal Administrativo de Antioquia desestimó las pretensiones de la demanda. Posterior al análisis probatorio, el *a quo* consideró que la actividad desplegada por las entidades demandadas estuvo conforme a derecho, por lo cual no era procedente declarar su responsabilidad por la privación de la libertad del demandante."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 41001-23-31-000-1994-07654-01	FECHA: 11/09/13
------------------------------------	--	---	---------------------------

PONENTE: Danilo Rojas Betancourth **ACTOR:** María del Carmen Chacón y otros

DEMANDADO: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la vida: indemnización de perjuicios por muerte con ocasión de una ejecución extrajudicial.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 229 del C. de P.C.; artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949; artículo 135 de la Ley 599 de 2000; Artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

TEMA PRINCIPAL: Responsabilidad del Estado por ejecuciones extrajudiciales. Indemnización de perjuicios inmateriales: Actualización

TEMA COMPLEMENTARIO: Valor probatorio de las copias simples. Regla general y alcance el testimonio trasladado cuando ha sido recaudado por una entidad del orden nacional. Reparación integral del daño. Concepto de daño.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Inconforme con la decisión antes reseñada, la parte demandada interpuso y sustentó en tiempo recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (folios 113 y 122 a 123 del cuaderno principal), en el que solicitó que esta fuera revocada y que, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda. Considera que el hecho de que los efectivos militares involucrados en los acontecimientos hubieran sido absueltos por las autoridades disciplinarias y penales militares, es demostrativo de que el Ejército no tuvo responsabilidad en la muerte del señor Italo Adeldo Cubides Chacón. Agrega que, en la forma en que ocurrió el combate, no era posible para los miembros del Ejército distinguir las personas que eran civiles, de aquellas que no lo eran, y que el occiso propició su propia muerte porque, en el momento de los hechos, no estaba trabajando en el lugar de la finca "Buenos Aires" que le había sido indicado por el administrador de la misma. Insinúa que el occiso, y las otras personas que resultaron muertas en el operativo, estaban colaborando con la guerrilla en el momento del combate."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"En todo caso, se reitera aquí el criterio recientemente establecido por la Sala Plena de Sección Tercera frente al valor probatorio de las copias simples, cuando las mismas han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido susceptibles de contradicción por las partes sin que éstas las tacharan de falsas, evento en el cual dichas copias son susceptibles de valoración, e idóneas para determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocerían el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que a su vez iría en contra de las nuevas tendencias del derecho procesal.

(...)

Ante la diversidad de criterios arriba ilustrada, y para contribuir a la estabilidad de las expectativas de aplicación de la normatividad objeto de análisis, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado estima necesario emitir un pronunciamiento que recoja y fije los parámetros interpretativos que deben tenerse en cuenta para efectos de establecer la posibilidad de apreciar aquellos testimonios que, habiéndose rendido en un proceso ajeno al contencioso de reparación, no cumplieron con el requisito de haberse practicado con audiencia de la parte contra la cual se aducen en el proceso posterior y/o no fueron ratificados en este; o bien, respecto de los cuales no se prescindió de la ratificación, lo cual debía hacerse, según el citado artículo 229 del estatuto procesal civil, por acuerdo común entre las partes manifestado mediante escrito autenticado.

(...)

Así, en lo que tiene que ver con el sentido de las reglas procedimentales consagradas en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –y preceptos concordantes–, la Sala considera que una interpretación literal de tales normas, arroja como resultado la tesis que ha sido sostenida por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en las sentencias referidas al inicio del presente acápite, en el sentido de afirmarse que las declaraciones juramentadas trasladadas al proceso contencioso desde otro trámite judicial –o recopiladas de forma extraprocesal–, sólo son apreciables si se ratifican o cuando las partes han tenido la oportunidad de controvertirlas en el momento de su recopilación.

Ahora bien, la Sala recuerda que no todos los casos en los que se discuta la posibilidad de valorar testimonios practicados en otro proceso, pueden solucionarse con base en una interpretación literal de los requisitos procesales que están siendo comentados, pues es posible que existan supuestos de hecho en los cuales la aplicación rígida de una formalidad ritual podría conducir a consecuencias que son contrarias a las finalidades queridas por el legislador (...).

(...)

No obstante, la Sala considera que la presentación del mencionado escrito autenticado –o la manifestación verbal en audiencia de la intención de no ratificar los testimonios extraprocesos–, no son las únicas vías a través de las cuales las partes pueden exteriorizar inequívocamente que concuerdan en prescindir de la repetición del interrogatorio, pues es claro que dicha intención también podría mostrarse, por ejemplo, con su manifestación en los memoriales que, sin necesidad de presentación personal, los intervinientes procesales radican ante los despachos judiciales en las diversas etapas del proceso, tales como los alegatos, los recursos, los incidentes y las peticiones, entre otras.

En el anterior orden de cosas, es perfectamente posible que, en ciertos casos, no se cumpla con la formalidad establecida para la ratificación y que, aun así, no se incurra en violación del derecho de defensa, porque las partes dieron a entender, por una vía distinta a la suscripción de un memorial autenticado o a la manifestación verbal en audiencia, que aceptaban sin reparos la anexión del testimonio al expediente, eventualidad esta que en modo alguno puede considerarse como violatoria del debido proceso pues, a pesar de la supresión de la formalidad, se cumplió con la finalidad buscada por la norma procesal, que era que las partes manifestaran inequívocamente su intención de prescindir de un nuevo interrogatorio.”

(...)

Es la lógica que subyace a los casos (ii) y (iii) ya analizados –ver supra párrafos 12.2.5.2 y 12.2.5.3- en los que ambas partes piden el traslado del testimonio en los escritos de demanda y contestación de la misma, y en ellos no se solicita la ratificación, o la demandada manifiesta su acuerdo con las pruebas pedidas por la demandante, eventos en los cuales puede entenderse que ambas partes convinieron que las actas de los testimonios trasladados reposaran en el expediente, sin necesidad de que los testigos respondieran nuevamente al interrogatorio. Lo mismo sucede cuando sólo una de las partes solicita que se traslade el testimonio y, allegado este al proceso sin haberse ratificado, la parte contra la que se aduce lo utiliza para probar los hechos que son de su interés, evento en el cual también puede afirmarse que ambas partes quisieron prescindir del requisito de ratificación.

La Sala reitera que, en los casos antes referidos, le es dable al juez otorgar un significado al comportamiento procesal y positivo de las partes, el cual puede implicar de manera inequívoca que éstas consienten en que se aprecie, sin necesidad de ratificación, determinado testimonio practicado en otro proceso, pues lo cierto es que con ello se cumplió la finalidad sustancial perseguida por la formalidad adjetiva.

En síntesis, para la Sala es viable apreciar una declaración rendida por fuera del proceso contencioso administrativo, sin audiencia de la parte demandada o sin su citación, cuando se cumpla con el trámite de ratificación, o cuando por acuerdo común entre las partes –avalado por el juez- se quiso prescindir del aludido trámite. Esto último puede manifestarse como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil –verbalmente en audiencia o presentando un escrito autenticado en el que ambas partes manifiesten expresamente que quieren prescindir de la ratificación-, o extraerse del comportamiento positivo de las partes, cuando los mismos indiquen de manera inequívoca que el querer de éstas era prescindir de la repetición del interrogatorio respecto de los testimonios trasladados, lo que ocurre cuando ambos extremos del litigio solicitan que el testimonio sea valorado, cuando la demandada está de acuerdo con la petición así hecha por la demandante, o cuando una parte lo solicita y la otra utiliza los medios de prueba en cuestión para sustentar sus alegaciones dentro del proceso.

Ahora bien, en los casos en donde las partes guardan silencio frente a la validez y admisibilidad de dichos medios de convicción trasladados, y además se trata de un proceso que se sigue en contra de una entidad del orden nacional, en el que se pretenden hacer valer los testimonios que, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, han sido recaudados en otro trámite por otra entidad del mismo orden, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de afirmar que la persona jurídica demandada –la Nación- es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente

admisibles y susceptibles de valoración, según la interpretación más estricta que pueda hacerse de las formalidades establecidas en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, según las cuales la ratificación de las declaraciones juramentadas trasladadas sólo es necesaria "... *cuando se hayan rendido en otro [proceso], sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior...*".

(...)

En ese orden, la Sala insiste en que los presupuestos formales establecidos en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil para el traslado de los testimonios, tienen sentido para efectos de salvaguardar el derecho a la defensa de las personas que aparecen como partes dentro de un determinado proceso, de tal forma que cuando uno de los extremos de la litis es la Nación representada a través de alguna de sus entidades, entonces es plausible afirmar que, si la prueba trasladada fue practicada por otra entidad también del orden nacional, con el pleno cumplimiento de las formalidades del debido proceso, entonces no le es dable a la Nación –como parte procesal– aducir, con base en el aludido precepto adjetivo, la carencia de validez del medio de convicción, pues es claro que la parte tuvo audiencia en la recopilación del mismo y pudo haber ejercido su derecho de contradicción a través de la entidad nacional que intervino en su recaudación, lo que ocurre en el presente caso cuando se pretende hacer valer frente al Ministerio de Defensa–Ejército Nacional un testimonio recaudado por la Procuraduría General de la Nación, pues lo cierto es que si se hubiera llevado a cabo una investigación seria y coordinada por las entidades nacionales en conjunto, entonces la declaración juramentada habría sido conocida conjuntamente por las autoridades que tenían la función de adelantar la investigación sobre los hechos, sea en el ámbito penal o en el disciplinario.

(...)

Ahora bien, en relación con la imputación jurídica del daño, debe decirse que este fue causado por el Ejército Nacional cuando sus agentes desplegaban una actividad peligrosa, como lo es el desarrollo de un operativo militar con empleo de armas de fuego llevado a cabo con ocasión de la orden de operaciones n.º 044, evento frente al cual la jurisprudencia de la Sala tiene establecido que el título de imputación que puede ser utilizado para analizar la responsabilidad estatal, según la libre escogencia del juez en la utilización de los diferentes regímenes, es el de riesgo excepcional bajo la óptica de un régimen objetivo de responsabilidad, en el que al demandante le basta probar la existencia del daño, del hecho dañoso y del nexo causal entre el primero y el segundo. Demostrados esos elementos, a la entidad demandada le corresponde, para exonerarse de responsabilidad, poner en evidencia que el hecho tuvo origen en una de las causales excluyentes de responsabilidad fijadas por el ordenamiento jurídico –hecho de un tercero, hecho de la víctima y fuerza mayor–.

Sólo en aquellos casos en que sea evidente y haya sido alegada, procede el análisis del caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad de falla probada pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, en estos eventos es necesario que el Consejo de Estado ponga en evidencia los errores cometidos por la administración en ejercicio de sus funciones, con el objetivo de que la justicia contenciosa fije pautas para que esos yerros no tengan nueva ocurrencia.

(...)

La Sala encuentra que en el caso de autos, la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada puede ser analizada teniendo en cuenta los parámetros de la teoría de la falla del servicio, pues la misma se encuentra plenamente demostrada con las pruebas allegadas al expediente, las cuales permiten la construcción de unos indicios que señalan el hecho de que la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón ocurrió como consecuencia de una ejecución extrajudicial, según pasa a indicarse.

Al igual que el Tribunal de instancia, observa la Sala que no es cierta la versión de la muerte en combate del occiso, en la medida en que en el expediente se aprecian pruebas indiciarias que son suficientes para concluir que el deceso del señor Italo Adelmo Cubides Chacón fue consecuencia de una ejecución extrajudicial cometida por los miembros del Ejército Nacional, hecho este que da total certeza sobre la ocurrencia de una falla del servicio por parte de los militares participantes en la operación.

Se puede tener certeza de la anterior aseveración porque, en primer lugar, al revisar el acta de la necropsia practicada al cadáver del señor Italo Adelmo Cubides Chacón, se observa que al occiso se le propinó una herida de bala cuyo "...orificio de entrada... se ubica en el séptimo espacio intercostal derecho con línea axilar posterior, con tatuaje, de 1x1 cm de diámetro...", y con ubicación del orificio de salida "...en el hemitórax izquierdo a la altura del tercer espacio intercostal izquierdo con línea axilar anterior..." [se destaca por la Sala]. Dicha herida es característica de un disparo efectuado a corta distancia y recibido desde atrás, lo que podría indicar que la víctima se encontraba en estado de indefensión, dado el contexto en que se produjo la herida letal.

[...]

De conformidad con lo antes expuesto –muerte de un herido a quemarropa, levantamiento ilegal de los cadáveres y, en adición, inexistencia del enfrentamiento armado–, para la Sala es claro que el Ejército Nacional incurrió en una falla del servicio al propinar la muerte a personas no combatientes que se encontraban en estado de indefensión, hecho que además encuadra con lo que el derecho penal, el DIH y el derecho internacional de los derechos humanos tienen señalado como un comportamiento totalmente proscrito y reprochable, que lo es la ejecución extrajudicial y sumaria de personas para hacerlas aparecer como combatientes "dados de baja". En el caso concreto, el Estado colombiano no cumplió con la obligación que le asistía en relación con el caso del señor Italo Adelmo Cubides Chacón pues, además de que se le quitó la vida, no se adelantó una investigación seria y dedicada para efectos de establecer la verdad sobre las circunstancias en que se produjo su muerte, falencia que a su vez implicó que no fuera posible la reparación adecuada de los familiares del fallecido y la imposición de sanciones y castigos para los agentes estatales involucrados en el hecho, según pasa a explicarse.

[...]

Expuestos como quedaron los razonamientos anteriores, para la Sala es claro que en el proceso de conocimiento se encuentran acreditados todos los presupuestos necesarios para que pueda predicarse la falla del servicio de la conducta asumida por el Ejército Nacional por intermedio de sus agentes, en la medida en que las pruebas arrimadas al proceso dan pie para concluir que los militares participantes en el operativo llevado a cabo el 28 de marzo de 1993, le quitaron la vida al señor Italo Adelmo Cubides Chacón, en situaciones ajenas al desarrollo de un enfrentamiento armado que nunca existió, e hicieron aparecer al mencionado señor como si se tratara de un guerrillero dado de baja durante un combate, hecho que amerita la indemnización a favor de la parte demandante, situaciones todas estas que implican, a su vez, la condena patrimonial a cargo de la entidad demandada tal como lo hiciera el a quo.

En todo caso, y en gracia de discusión, la Sala considera que es pertinente aclarar que si no se hubiera acreditado una falla del servicio por parte de la entidad demandada, aun así estarían demostrados los presupuestos de la obligación de indemnizar, pues es posible aplicar al presente caso el régimen objetivo de responsabilidad, por el hecho de que la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón ocurrió en el marco de un operativo adelantado por el Ejército Nacional con utilización de armas de fuego y, como se verá en los párrafos subsiguientes, en el proceso no se demostró la configuración de una causal de exoneración de la responsabilidad cuya prueba, en todo caso, estaba a cargo de la entidad demandada."

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2011; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2008, C. P.: Enrique Gil Botero, Rad.: 26001-23-25-000-1996-04058-01(16996); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2011, Rad.: 25000-23-26-000-1994-09702-01(16934); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, Rad.: 52001-23-31-000-1997-08660-01(17493); Resolución 1989/65 adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, Rad.: 17001-23-31-000-1995-06024-01(16.533), actor: Libardo Sánchez Gaviria y otros, demandado: Departamento de Caldas.

DECISIÓN:

"PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia del 8 de marzo de 2001 proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá D. C. -Sala de Decisión-, en cuanto declaró administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional por los daños ocurridos con ocasión del homicidio cometido en la persona del señor Italo Adelmo Cubides Chacón.

SEGUNDO. ACTUALÍCESE el valor de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, **RECONÓZCASE** a favor de los demandantes, a título de indemnización de perjuicios, lo siguiente:

A) A favor de la señora María del Carmen Chacón Cubides, la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria de la presente sentencia.

B) A favor de cada uno de los señores Anyelo Rubier, Ruth Maritza, Jesús Eduardo, Eliécer, Julio Fidel y Neidy Orfilia Cubides Chacón, la suma equivalente 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria de la presente sentencia."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"1. Mediante demanda presentada el 24 de febrero de 1994 ante el Tribunal Administrativo del Huila, la señora María del Carmen Chacón de Cubides, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores Anyelo Rubier Cubides Chacón y Ruth Maritza Cubides Chacón, y los señores Jesús Eduardo Cubides Chacón, Eliécer Cubides Chacón, Julio Fidel Cubides Chacón y Neidy Orfilia Cubides Chacón, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C. C. A., solicitaron que se declarara responsable al Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional por la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón, ocurrida el 28 de marzo de 1993 en zona rural del municipio de Tello -Huila- (fls. 20 a 28 c.l.).

2. Como reparación del daño sufrido, los demandantes pidieron que se diera prosperidad a las pretensiones resarcitorias que a continuación se citan:

SEGUNDA. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación –Ministerio de Defensa-, a reparar los perjuicios morales y materiales irrogados a la señora MARÍA DEL CARMEN CHACÓN CUBIDES en calidad de madre de la víctima los cuales se cuantifican en la siguiente forma:

1. La suma de OCHO MILLONES CINCUENTA MIL PESOS por concepto de perjuicios materiales.
2. La suma equivalente a Un (sic) mil gramos oro por concepto de perjuicios morales.

TERCERA. Se condene a la Nación –Ministerio de Defensa-, al pago de los perjuicios morales causados a los hermanos de la víctima, señores Jesús Eduardo, Eliécer, Julio Fidel y Nedy Orfilia Cubides Chacón, y menores Anyelo Rubier y Ruth Maritza Cubides Chacón, perjuicios que se tasan en la suma equivalente a quinientos gramos oro para cada uno.

CUARTA. Las sumas a que se contraen las condenas impuestas devengarán intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, y de mora con posterioridad a dicho plazo.

QUINTA. Las sumas a que se contraen las condenas por perjuicios materiales, serán indexadas con fundamento en la variación que experimente el índice oficial de precios al consumidor (negrilla del texto citado).

3. Según los demandantes, el señor Italo Adelmo Cubides Chacón fue muerto a manos de integrantes del Ejército Nacional, y su cadáver fue presentado como el de un guerrillero dado de baja, cuando lo cierto es que el occiso era un campesino que trabajaba en una finca ubicada en zona rural del municipio de Tello (Huila).

4. Citan como fundamentos jurídicos de sus pretensiones varios artículos de la Constitución Política, así como los artículos 77, 78, 86, 136 y 206 del Código Contencioso Administrativo y diversas normas de derecho internacional, y con base en esos preceptos consideran que, como la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón se produjo a manos de agentes estatales y sin que existiera justificación alguna para el proceder homicida de los integrantes del Ejército, entonces debe repararse el daño antijurídico causado”.

DECISIÓN:

“El Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, D. C., Sección Tercera, Sala de Decisión, emitió sentencia de primera instancia con la siguiente decisión:

Primero. Declarar administrativamente responsable a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional, por los perjuicios causados con la muerte del señor Italo Adelmo Cubides Chacón, en hechos ocurridos el 28 de marzo de 1993, en la vereda Cadillo, municipio de Tello, departamento del Huila, por parte de miembros del Ejército Nacional en servicio activo.

Segundo. Condenar a la Nación Colombiana–Ministerio de Defensa a reconocer y pagar por concepto de perjuicios morales a María del Carmen Chacón de Cubides, la suma equivalente al valor de mil (1000) gramos oro certificado por el Banco de la República en el momento en que quede ejecutoriada la sentencia; a Anyelo Rubier y Ruth Maritza Cubides Chacón, como hermanos menores de la víctima al momento de ocurrencia de los hechos objeto del proceso, la suma equivalente al valor de quinientos (500) gramos oro certificado por el Banco de la República al momento en que quede ejecutoriada la sentencia. A los hermanos mayores de la víctima: Jesús Eduardo Cubides Chacón, Eliécer Cubides Chacón, Julio Fidel Cubides Chacón y Nedy Orfilia Cubides Chacón, la suma equivalente al valor de quinientos (500) gramos oro certificado por el Banco de la República al momento en que quede ejecutoriada la sentencia.

Tercero. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del C. C. A.

Cuarto. Denegar las demás pretensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Quinto. Para el cumplimiento expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del decreto 359 del 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la actora serán entregadas al apoderado judicial que la ha venido representando (...) (folio 110, negrillas del original).

8.1. Para tal efecto, el Tribunal a quo consideró que en el caso de estudio, por las características de las heridas padecidas por el señor Italo Adelmo Cubides Chacón, es imposible considerar que la muerte se produjo durante un combate entre el ejército y un grupo guerrillero, y que, por tanto, le era imputable a la entidad demandada el daño reclamado por los demandantes, bajo el título de imputación de falla del servicio. En palabras del Tribunal:

De esta prueba técnica –se refiere al protocolo de necropsia– se tiene que el disparo que causó la muerte a Italo Adelmo Cubides Chacón fue mortal, proveniente de arma de fuego con proyectiles de alta velocidad, por las características de las heridas, tatuaje, no existe posibilidad alguna de que el hecho se haya producido en enfrentamiento pues el tiro se efectuó por la espalda a una distancia de 50 cm aproximadamente. Fueron las lesiones recibidas por las esquirlas las que en un primer momento permitieron dominar a la víctima, para luego ser ultimado por los victimarios.

(...)

El hecho se produjo en desarrollo de un operativo militar, no así de un enfrentamiento, porque de conformidad con la necropsia el único tiro propinado a la víctima lo fue por la espalda y a una distancia aproximada de 50 cm lo que descarta cualquier posibilidad de alegar un enfrentamiento armado.

(...)

En concepto de la Sala, la conducta asumida por los miembros del Ejército Nacional en desarrollo del operativo militar fue desmedida, desproporcionada e innecesaria, más aún cuando se trataba de un campesino indefenso y labrador de la tierra, como lo manifiesta el administrador de la Finca Buenos Aires. El hecho de que las Fuerzas Armadas dispongan del uso legítimo de las armas, ello tiene como fundamento la defensa de la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

Para la Sala no hay duda que el Ejército Nacional incurrió en una falla del servicio y en consecuencia debe responder por los perjuicios antijurídicos ocasionados con la conducta de sus agentes, al causar la muerte al señor Italo Adelmo Cubides Chacón.

(...)

Ahora bien, en relación con lo que sostiene la parte demandada en su recurso de apelación, al señalar que no puede haber condena patrimonial en esta jurisdicción por el hecho de que las investigaciones penal y disciplinaria culminaron con decisiones favorables a la inocencia de los militares involucrados, la Sala debe precisar que, de acuerdo con reiterados pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Corporación, el hecho de la absolución penal o disciplinaria de los agentes estatales involucrados en la producción del hecho dañoso, no implica en modo alguno que el trámite contencioso deba concluir de la misma forma a favor de la institución a la que pertenecían los efectivos militares”.

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Danilo Rojas Betancourth; Enrique Gil Botero; Stella Conto Díaz del Castillo.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 050012331000200100799 01 (2001-950 y 2001-3159 acumulados) [36460]	FECHA: 25/09/2013
PONENTE: Enrique Gil Botero		ACTOR: Inés del Socorro Gómez Agudelo y otros	
DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la vida: reconocimiento de perjuicios inmateriales en caso de muerte.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 8 de la Ley 975 de 2005; artículo 97 del Código Penal Colombiano.

TEMA PRINCIPAL: Topes indemnizatorios de perjuicios morales.

TEMA COMPLEMENTARIO: Tope indemnizatorio de los perjuicios morales en escenarios en los que el daño antijurídico imputable al Estado tiene su origen en una conducta punible, en los términos del artículo 97 de la Ley 599 de 2000.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Inconformes con la providencia, las partes –el grupo familiar del occiso Alex Lopera y la demandada– interpusieron sendos recursos de apelación (fls. 221 a 223 cdno. ppal.), los cuales fueron concedidos por el Tribunal en auto del 19 de agosto de 2008 (fls. 228 y 229 cdno. ppal.). Mediante proveído del 24 de marzo de 2009 esta Corporación corrió traslado para que el grupo familiar recurrente y la demandada sustentaran sus impugnaciones (fl. 237 cdno. ppal.), y en escrito visible a folios 240-270 los demandantes lo hicieron, mientras que la parte demandada guardó silencio.

Por lo anterior, en providencia del 29 de mayo de 2009, proferido por esta Corporación, se admitió el recurso de apelación interpuesto por uno de los grupos que integran el extremo activo de la litis, y se declaró desierto el presentado por la demandada. (fl. 272 cdno. ppal.).

5.1. Parte demandante

Los fundamentos de la impugnación fueron desarrollados así (fls. 240 a 270 cdno. ppal.):

5.1.1. El Estado tiene el deber de proteger a sus ciudadanos, garantía que no se dio en este caso, toda vez que se permitió la fuga de los miembros sindicados de homicidio y quienes se encontraban bajo custodia del Ejército Nacional, hecho que afectó gravemente el patrimonio de la familia Lopera, quienes debieron exiliarse fuera del país, perder sus trabajos y modificar sus condiciones de existencia en aras de proteger su integridad psicofísica.

5.1.2. La condena decretada por el Tribunal, redujo los valores justos solicitados en la demanda para cada uno de los miembros de la familia de Alex Ariol Lopera López.

5.1.3. Se encuentra probado, con el suficiente poder suasorio, que los vínculos afectivos del señor Alex Ariol Lopera Díaz con todos los miembros de su familia –incluyendo sobrinos y cuñados– eran muy fuertes y cercanos, pues aquél ejercía la condición de jefe o líder familiar. Esta cercanía generó profundo sufrimiento y dolor para todos los demandantes, por lo que debe indemnizar por daños morales en los términos solicitados en la demanda. El vínculo familiar está dado no solo por nexos consanguíneos sino por un modo de existencia económico y social común, con sentimientos afectivos que unen a los miembros de esa institución, es decir, la familia.

5.1.4. En ese orden, se solicitó incrementar la condena impuesta en primera instancia, en los términos deprecados en la demanda”.

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

“En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en diversos pronunciamientos ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral.

En este orden de ideas, se accederá a los requerimientos elevados en la demanda, motivo por el que los perjuicios morales serán decretados, previo señalamiento de que conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha abandonado el criterio según el cual se estimaba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral, considerando que la valoración del mismo debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, por ello se **sugirió** la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.

No obstante lo anterior, es preciso señalar que el parámetro empleado en las providencias mencionadas tuvo como fundamento el *arbitrio iuris*, en la medida en que se apartó de la valoración en gramos oro del perjuicio moral establecida en el Código Penal de 1936, para adoptar la tasación en salarios mínimos legales mensuales fijada en el nuevo Código Penal del año 2000 [ley 599] –valoración del daño que en el Código Penal de 1980 se encontraba regulada en los artículos 103 y siguientes de ese cuerpo normativo– pero sin tener en cuenta el tope máximo allí referido, puesto que, en criterio de la Sala, el citado monto comprende una indemnización del daño cuando este no es valorable pecuniariamente, es decir, tanto los perjuicios inmateriales como los materiales cuando no exista prueba de su cuantía.

(...)

Entonces, no puede ser indiferente la necesidad de graduar la indemnización del daño inmaterial, pues como se indica en las directrices de Theo van Boven, "la reparación deberá ser proporcionada a la gravedad de las violaciones" ; en consecuencia, si el Estado colombiano reconoce legalmente la posibilidad de que los jueces decreten indemnizaciones del perjuicio inmaterial hasta la suma de 1.000 smmlv, en aquellas situaciones en las que el daño se deriva de una conducta punible, el juez de la reparación no puede ser indiferente a esas directrices objetivas que además vienen delimitadas por el derecho internacional de los derechos humanos y que se entronizan en el ordenamiento interno, concretamente a partir de la cláusula contenida en el artículo 93 de la Carta Política.

En efecto, ya la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha avalado la aplicación en concreto del artículo 97 del Código Penal, es decir, la posibilidad de que se decreten indemnizaciones por concepto de daño inmaterial hasta por 1.000 smmlv, conforme a la libre apreciación –según el arbitrio iuris y la sana crítica–, que efectúe el operador judicial en cada caso concreto, siempre y cuando se encuentre acreditado que el daño es la consecuencia de la comisión de un delito, tal y como ocurre en el caso sub examine.

Lo anterior, comoquiera que la Sala al examinar el contenido y alcance del artículo 97 del Código Penal vigente (ley 599 de 2000) –valoración del daño que en el Código Penal de 1980 se encontraba regulada en los artículos 103 y siguientes de ese cuerpo normativo– encuentra que, en aquellos eventos en los cuales el daño antijurídico haya tenido origen en una conducta delictiva, como ocurre en el caso en estudio, siempre que ese daño resulte imputable al Estado la valoración del perjuicio extrapatrimonial podrá decretarse con fundamento en los baremos de la disposición mencionada, esto desde luego, dentro de los límites fijados en la litis, esto es, las pretensiones y excepciones contenidas en la demanda y la contestación; no obstante, se reitera, en aquellos supuestos en que el daño tenga origen en una grave violación a derechos humanos, los principios de congruencia y de no reformatio in pejus no operan en materia de la responsabilidad patrimonial del causante del daño y, por lo tanto, será posible que el juez desborde el marco contenido en la demanda y en la contestación, en lo atinente a la imposición de medidas de justicia restaurativa.

Lo anterior, comoquiera que en el proceso de responsabilidad patrimonial el juicio de ponderación que surge, huelga la pena reiterarlo, entre el derecho de las víctimas a su reparación integral y efectiva, frente a los subprincipios de congruencia y de no reformatio in pejus, arroja como resultado la prevalencia del primero, so pena de desconocer las mínimas garantías de las víctimas, el derecho al restablecimiento efectivo de los derechos humanos, y la reparación integral del daño.

Por consiguiente, cuando el daño antijurídico tiene su origen en la comisión de una conducta punible será aplicable el artículo 97 del C. P., bien que se trate o no de una grave lesión o vulneración de los derechos humanos, sólo que en estos últimos eventos el juez podrá exceder los límites fijados en la demanda, en lo que concierne a la imposición de medidas de justicia restaurativa como ya se indicó.

Como se aprecia, la Sala reflexiona y matiza su tesis, según la cual el tope máximo en principio del perjuicio moral, asciende a la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, cuando el daño tiene su génesis en conductas punibles, por las siguientes razones:

i) El inciso tercero de la disposición excluye de manera expresa, contrario a lo señalado en la providencia de 2001, la comprensión del daño material dentro del supuesto reglado. En consecuencia, el daño patrimonial siempre deberá acreditarse en el proceso penal o en el contencioso administrativo, lo cual guarda consonancia con lo precisado por la Corte Constitucional en la sentencia C-916 de 2002, que estudió la constitucionalidad del precepto analizado.

ii) La regulación se refiere, entonces, a los perjuicios de tipo extrapatrimonial, esto es, el moral o cualquier otro que pueda ser decretado según la tipología del perjuicio avalada por la Sala.

(...)

Entonces, si bien el Tribunal de Casación Penal acoge la ya superada discusión acerca de la distinción entre daños morales objetivados y subjetivados, perteneciendo los primeros, en criterio de esta Corporación, a la categoría de daños materiales, se yergue incuestionable que la Corte Suprema de Justicia reconoce la relevancia de la disposición contenida en el artículo 97 del Código Penal, a la hora de establecer un criterio fijado por el legislador para liquidar el perjuicio moral de quien padece el daño.

De otro lado, en criterio de esta Sala, el monto a que hace referencia el artículo 97 *ibidem* no puede entenderse como una camisa de fuerza, puesto que al margen de que la mencionada disposición sea pertinente para valorar el perjuicio inmaterial en aquellos supuestos en que el daño antijurídico tiene origen en una conducta punible, es preciso indicar que la tasación del mismo dependerá de las circunstancias en que se produjo la lesión o afectación, así como la magnitud de la misma, su gravedad, naturaleza e intensidad y demás factores objetivos. Por consiguiente, el hecho de que el precepto legal haga referencia a un valor determinado, esta circunstancia no puede restringir la autonomía e independencia con que cuenta el juez a la hora de valorar el daño inmaterial padecido, razón por la cual no siempre que el hecho devenga de la comisión de una conducta punible, habrá lugar a decretar una condena por perjuicio inmaterial que ascienda a 1.000 smmlv.

Por consiguiente, para que sea aplicable el criterio de valoración del daño inmaterial, contenido en el artículo 97 del Código Penal, es necesario que en el proceso sobre la prueba idónea que permita establecer que fue la conducta punible la que desencadenó el daño antijurídico, y que ese hecho ilícito ya fue objeto de una investigación y sanción penal contenida en una sentencia ejecutoriada, tal y como se aprecia en el caso concreto, así como los factores objetivos que rodearon la producción del daño antijurídico, para determinar la valoración del perjuicio en cada caso concreto.

iii) En efecto, la norma es facultativa puesto que no establece el monto señalado de forma imperativa con el condicionamiento "hasta", sino que usa la proposición de habilitación "podrá". En consecuencia, si el juez penal puede decretar una indemnización de cada perjuicio extrapatrimonial hasta de 1.000 salarios mínimos mensuales legales, no se encuentra justificación alguna para que el Juez de lo Contencioso Administrativo esté limitado al tope de 100 smmlv cuando el daño tiene su génesis en una conducta delictiva.

iv) No se trata de equiparar el proceso contencioso al de tipo penal, puesto que la Sala reconoce, tal y como lo hizo en el año 2001 –y lo ha reiterado recientemente– que tienen objetos, principios y propósitos diferentes; no obstante, nada impide que el juez pueda guiarse por el monto señalado en la norma legal, sin que ello signifique, como se viene de precisar, que esa suma sea óbice para decretar indemnizaciones superiores o inferiores, siempre que las circunstancias fácticas lo ameriten.

iv) No se trata de equiparar el proceso contencioso al de tipo penal, puesto que la Sala reconoce, tal y como lo hizo en el año 2001 –y lo ha reiterado recientemente– que tienen objetos, principios y propósitos diferentes; no obstante, nada impide que el juez pueda guiarse por el monto señalado en la norma legal, sin que ello signifique, como se viene de precisar, que esa suma sea óbice para decretar indemnizaciones superiores o inferiores, siempre que las circunstancias fácticas lo ameriten.

v) No es aceptable un argumento que pretenda desconocer la posibilidad de aplicar el referente legal de 1.000 smmlv, con base en lo significativo de esa suma para efectos de las condenas patrimoniales del Estado, puesto que es el propio legislador quien facultó al juez para determinar que sean impuestas condenas por ese monto. Además, con base en el postulado de mayor exigibilidad, no resulta lógico que si los particulares pueden ser condenados por ese valor 1.000 smmlv, el Estado no pueda serlo a partir de la acreditación de un daño antijurídico que le es imputable, y que, en el plano fáctico, supone la trasgresión de un bien jurídico de aquellos a que hace referencia el ordenamiento penal (v. gr. la desaparición forzada, el genocidio, la tortura, etc.).

vi) El Juez de lo Contencioso Administrativo cumple un papel dinámico, motivo por el cual no cabría justificación alguna para negar la posibilidad o facultad con que cuenta para orientarse, desde el plano legislativo, en relación con las sumas que, en criterio del legislador, permitan resarcir el daño extrapatrimonial, en sus diversas modalidades, cuando este es producto de una conducta ilícita, desde luego si en el plano de la responsabilidad extracontractual le es imputable patrimonialmente al Estado.

vii) No significa lo anterior, que se abogue por una aplicación analógica del artículo 97 del Código Penal, a efectos de fijar los estándares indemnizatorios, para la Sala, la norma sirve de ratio o fundamento de forma directa al principio del arbitrio iuris con el que cuenta el juez de lo contencioso administrativo para establecer el monto de la condena, siempre y cuando el daño tenga origen en una conducta punible.

Todo lo anterior, encuentra justificación y racionalidad en el entendimiento de exequibilidad condicionada que la Corte Constitucional predicó del artículo 97 del C. P. en el respectivo examen de constitucionalidad [sentencia C-916 de 2002]. En efecto, la teleología del condicionamiento trasunta la naturaleza de punible de la conducta generadora del daño, y una interpretación gramatical, lógico y sistemática enseña que la fuente de la obligación en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado puede provenir en unos eventos, simple y llanamente del quebrantamiento de una obligación administrativa o falla del servicio, o bien, como en el caso sub examine, de un hecho punible, lo cual la hace orbitar perfectamente en el entendimiento y condicionamiento que hizo la Corte Constitucional sobre el particular."

FUENTES: Documento de la ONU sobre Principios y Directrices Básicos para la Reparación [E/CN.4/1997/104] aprobado por la Subcomisión en 1997; Corte Interamericana, voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez, sentencia del 22 de febrero de 2002; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aloeboetoe y otros, sentencia de Reparaciones; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso masacre de pueblo Bello; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Las Palmeras. Vs. Colombia, sentencia del 6 de diciembre de 2001; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp.: 29273.

DECISIÓN:

"Primero. Unifícase la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el tope indemnizatorio de los perjuicios morales en escenarios en los que el daño antijurídico imputable al Estado tiene su origen en una conducta punible, en los términos del artículo 97 de la ley 599 de 2000, y frente a la obligación a cargo de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares de efectuar el seguimiento al cumplimiento de lo dispuesto en providencias en las que se juzgue la grave violación a derechos humanos, imputables a la Fuerza Pública.

Segundo. Modifícase la sentencia del 25 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

"1°. Se declara administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por los perjuicios causados a Luis Arnulfo Lopera Serna, Fabiola Díaz de Lopera, Marlies Eurline Lopera Díaz, Richard Debit Lopera Díaz, Elkin Davinson Lopera Díaz, Geovanny de Jesús Lopera Díaz, Mónica Marcela Lopera Díaz, Luis Arnulfo Lopera Díaz y Fabiola Fernanda Lopera Díaz, por la muerte de su hijo y hermano Alex Ariol Lopera Díaz, en hechos ocurridos el 10 de marzo de 1999, en la vereda La Quebra del municipio de Sonsón (Antioquia), a manos de miembros de la citada institución.

"2°. Como consecuencia de la declaración anterior, SE CONDENA a la Nación – Ministerio De Defensa - Ejército Nacional, a pagar por perjuicios morales las siguientes sumas:

Luis Arnulfo Lopera Serna	200 smmlv
Fabiola Díaz de Lopera	200 smmlv
Marlies Eurline Lopera Díaz	100 smmlv
Richard Debit Lopera Díaz	100 smmlv
Elkin Davinson Lopera Díaz	100 smmlv
Geovanny de Jesús Lopera Díaz	100 smmlv
Mónica Marcela Lopera Díaz	100 smmlv
Luis Arnulfo Lopera Díaz	100 smmlv
Fabiola Fernanda Lopera Díaz	100 smmlv

"3°. SE CONDENA, asimismo a la Nación – Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, a pagar por perjuicios materiales, las siguientes sumas:

"POR LUCRO CESANTE:

"A Luis Arnulfo Lopera Serna, la suma de veintinueve millones sesenta y ocho mil doscientos setenta y nueve pesos M. L. (\$29'068.279).

"A Fabiola Díaz de Lopera, la suma de treinta y dos millones novecientos diecisiete mil treinta y cinco pesos M. L. (\$32'917.035.).

"POR DAÑO EMERGENTE:

"A Marlies Lopera Díaz, la suma de seiscientos cuarenta y nueve mil doscientos ochenta y tres pesos M. L. (\$649.283.00).

"A Luis Arnulfo Lopera Serna, la suma de tres millones cuatrocientos cincuenta y cinco mil seiscientos un pesos M. L. (\$3'971.116).

"4°. SE CONDENA igualmente a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a pagar por perjuicios por la violación o afectación de bienes o derechos constitucionales (familia y libertad de domicilio y residencia), las siguientes cantidades:

Luis Arnulfo Lopera Serna	70 smmlv
Fabiola Díaz de Lopera	70 smmlv
Marlies Eurline Lopera Díaz	50 smmlv
Richard Debit Lopera Díaz	50 smmlv
Elkin Davinson Lopera Díaz	50 smmlv
Geovanny De Jesús Lopera Díaz	50 smmlv
Mónica Marcela Lopera Díaz	50 smmlv
Luis Arnulfo Lopera Díaz	50 smmlv
Fabiola Fernanda Lopera Díaz	50 smmlv

"5°. SE DECRETAN en virtud del principio de reparación integral, las siguientes medidas de justicia restaurativa, de las cuales la entidad demandada deberá rendir informe de cumplimiento al Tribunal de primera instancia dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia:

"i) El Comandante de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, previo acuerdo con las víctimas, en un acto público ofrecerán excusas a la familia del señor Alex Ariol Lopera Díaz, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia. En dicha ceremonia se anunciará la forma en que se pondrá en marcha lo ordenado en el numeral (iii) de este ordinal.

"ii) El Ejército Nacional creará y mantendrá habilitado por el término de seis (6) meses un link visible en su página web principal (<http://www.ejercito.mil.co>) en el que se pueda acceder al contenido digital de esta providencia. La información deberá estar disponible a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

iii) En la Cuarta Brigada del Ejército, con sede en Medellín (Antioquia), dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, diseñará e impartirá una cátedra sobre la protección y garantía de los derechos humanos, y los parámetros fijados por organismos internacionales en relación con el uso de la fuerza pública, así como la censura a ejecuciones arbitraria, sumarias o extrajudiciales por parte de militares en servicio activo. La mencionada cátedra tendrá el nombre de Alex Ariol Lopera Díaz, y será dictada a todo el personal que se encuentre asignado a esa instalación militar, para lo cual se organizarán horarios específicos con el fin de que todo el personal administrativo y militar curse la misma."

"6°. SE NIEGAN las demás pretensiones de la demanda.

"7°. En relación con los procesos acumulados Nos. 2001-950 y 2001-799, ESTAR A LO RESUELTO en proveído del 7 de marzo de 2011, proferido por la Subsección C de esta Sección, por medio del cual se aprobó el acuerdo conciliatorio logrado entre los demandantes y la demandada en los referidos procesos acumulados circunstancia por la que se declaró la terminación del proceso respecto de esos dos grupos.

"8°. La Procuraduría General de la Nación a través de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares le hará el seguimiento al cumplimiento de la sentencia."

Tercero. Sin costas.

Cuarto. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Quinto. En firme este fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"1. El 10 de marzo de 1999 los señores Luis Fernando Londoño Gómez, Alex Ariol Lopera Díaz y Manuel José Jaramillo Giraldo, se dirigían al municipio de Sonsón (Antioquia), con la finalidad de encontrarse con miembros del grupo alzado en armas, autodenominado como Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), para obtener la liberación de la joven Diana Patricia Jaramillo Giraldo, quien había sido secuestrada el 23 de diciembre del año anterior.

2. Para la gestión de la liberación, llevaban consigo la suma de ciento cincuenta millones de pesos m/cte (\$150.000.000.00) en efectivo, que pagarían a los miembros del grupo subversivo, a cambio de la liberación.

3. Encontrándose a la altura de la vereda La Quebra, en jurisdicción del municipio de Sonsón (Antioquia), se detuvieron en razón de un retén del Ejército Nacional al mando del Mayor David Hernández Rojas, pertenecientes al Batallón de Contraguerrilla No. 4 "Juan del Corral", adscritos a la Cuarta Brigada con sede en la ciudad de Medellín.

4. Al encontrar la referida suma de dinero en manos de los señores Luis Fernando Londoño Gómez, Alex Ariol Lopera Díaz y Manuel José Jaramillo Giraldo, los ciudadanos fueron retenidos por los militares por varias horas para verificar la procedencia legítima del mismo; una vez hecha la constatación, se les permitió continuar el recorrido, previa suscripción de un documento que daba cuenta del buen trato recibido por parte de los miembros de la fuerza pública.

5. Minutos después de reiniciar el viaje, fueron abordados por miembros de la misma unidad militar para ser despojados del dinero que llevaban para el pago del rescate que se estaba gestionando. Posteriormente, fueron asesinados con armas de dotación oficial, y sus cuerpos arrojados a un abismo dentro del vehículo en el que se movilizaban.

6. Los cuerpos sin vida de los señores Luis Fernando Londoño Gómez, Alex Ariol Lopera Díaz y Manuel José Jaramillo Giraldo fueron hallados 10 días después de iniciada su búsqueda.

7. Como consecuencia de los macabros hechos, se abrieron investigaciones penales y disciplinarias, en las cuales fueron vinculados el Mayor del Ejército Nacional, David Hernández Rojas y otros oficiales y soldados bajo su mando, algunos de los cuales para la fecha de la presentación de las demandas, ya habían sido condenados por los delitos de hurto y homicidio.

8. Transcurrido un tiempo, el propietario del vehículo en el cual se transportaban las víctimas –campero Samurai, color rojo, placas RIC-170–, señor Rómulo Alberto Romero Ramírez, reclamó el valor del automotor a la familia del fallecido Manuel José Jaramillo Giraldo.

9. A raíz de las investigaciones penales y disciplinarias, el núcleo familiar del fallecido Alex Ariol Lopera López se vio afectado por graves hechos que atentaban contra su integridad personal, razón por la cual fueron vinculados a programas de protección de víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación, lo que implicó el desplazamiento forzado de su ciudad natal, el ocultamiento del núcleo familiar, la imposibilidad de trabajar, el desarraigo familiar y social, la liquidación de su escaso patrimonio y el temor a vivir en esas condiciones.”

DECISIÓN:

“En sentencia de 25 de junio de 2008, el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. En criterio de esa Corporación, el daño antijurídico es imputable a la entidad demandada.

Entre otros aspectos, el a quo, puntualizó lo siguiente:

“(…) Se afirma que es responsabilidad de la entidad demandada porque estas personas murieron al recibir impactos de balas disparadas por los miembros de la Fuerza Pública cuando se encontraban en servicio activo, con armas y elementos de dotación oficial, igualmente cometieron otras conductas ilícitas como fue el hurto de \$150.000.000.00 que portaban los viajeros y la destrucción del automotor en que se desplazaban, al ser arrojado por un abismo con los cadáveres de sus ocupantes. En los procesos acumulados se destacan otras irregularidades constitutivas de falla del servicio, las que se concretan así:

“1. Se omitió el deber de custodia sobre sus miembros activos sindicados de homicidio múltiple que por su condición de militares se encontraban detenidos en las instalaciones del Ejército, pues de allí se fugaron varios de ellos.

“2. Omisión en el deber de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos frente a las amenazas, desplazamientos y ocultamiento forzado por el peligro que corrían las víctimas por parte del Ejército Nacional.

“3. Exilio forzado a un país desconocido ocasionado por el peligro en que estaban y ante la imposibilidad del Estado Colombiano de garantizar su seguridad personal ante la evasión de los detenidos más peligrosos, todo ello afectando su patrimonio y su tranquilidad.

(…)

“Las sentencias hacen un análisis de toda la prueba recogida, de las intervenciones de los sindicados y demás testimonios recibidos en el proceso, para concluir, que se encuentra acreditada la muerte de Alex Ariol Lopera Díaz, Luis Fernando Londoño Gómez y Manuel José Jaramillo Giraldo, quienes recibieron impactos de arma de fuego, así como del atentado contra el patrimonio, pues (sic) les fue sustraído el dinero que tenían escondido en una llanta y la responsabilidad criminal de los sindicados. El fallo cuestiona la forma como los militares trataron de cambiar los cañones de las armas, incluyendo las incriminadas para poder objetar el dictamen pericial por objeción grave, razón por la cual la sentencia ordena en el numeral décimo segundo remitir copias del expediente a la Fiscalía General de la Nación para que designe un Fiscal que investigará a los altos oficiales del Ejército por su posible participación en un delito de encubrimiento al prestar su concurso para modificar pruebas, tratando de entorpecer la investigación que cursaba por estos hechos (Folio 786 del cuaderno que contiene el exhorto N° 487. Expediente 2001-0950).

[...]

"Examinando este aspecto, se encuentra que efectivamente los militares involucrados y que a la postre que resultaron condenados, como se especificó en acápites anteriores, se transportaron en un vehículo oficial y usaron armas de dotación oficial. A esa conclusión se llega al estudiar el pliego de cargos lanzado en la investigación disciplinaria en la que se relacionan las armas que se usaron..."

"Como se anotó, se probó que en la comisión del múltiple homicidio en concurso con el hurto calificado y agravado, se utilizaron armas de dotación oficial y se aprovecharon de su calidad de agentes del orden para hacerles firmar una orden de buen trato cuando fueron requisados los ocupantes del automotor y encontraron la gruesa suma de dinero, naciendo desde ese momento el ánimo y la intención de cometer el crimen que ya se ha reseñado, en consecuencia, al estar demostrada la responsabilidad del Estado de dictará sentencia favorable a las pretensiones de los actores..."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)	FECHA: 17/10/13
PONENTE: Mauricio Fajardo Gómez		ACTOR: Luis Carlos Orozco Osorio	
DEMANDADO: Nación – Fiscalía General de la Nación			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la libertad: indemnización de perjuicios por privación injusta de la libertad.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículos 90 y 249 de la Constitución Política.

TEMA PRINCIPAL: Responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad.

TEMA COMPLEMENTARIO: Régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos de daños ocasionados a raíz de la privación de la libertad de una persona contra la cual se profirió la correspondiente medida de aseguramiento en el curso de un proceso penal pero, a la postre, se le exonera de responsabilidad en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Inconforme con la referida sentencia de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de alzada; como fundamento de la impugnación señaló que si bien las consideraciones esgrimidas por el Tribunal Administrativo a quo encontraron sustento en pronunciamientos anteriores del Consejo de Estado, no es menos cierto que dicha Corporación modificó su posición en tal sentido, para establecer que la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el ordenamiento jurídico aplicable al caso, sí está legitimada para representar a la Nación."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"En relación con este aspecto, el cual constituyó fundamento central del fallo apelado, debe precisarse que, en efecto, para la fecha de presentación de la demanda, la representación judicial de la Nación, en los casos en los cuales se discutía la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia, estaba a cargo de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial; sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado, de manera reiterada, ha sostenido que si bien es cierto que la Fiscalía General de la Nación pertenece a la Rama Judicial, también lo es que esta entidad goza de autonomía administrativa y presupuestal, de conformidad con lo establecido en el artículo 249 de la Constitución Política, por manera que el reconocimiento de la referida autonomía determina que las condenas que se profieran en contra de la Nación como consecuencia de las actuaciones realizadas por la Fiscalía deban ser cumplidas o pagadas con cargo al presupuesto de esta entidad.

(...)

Finalmente y en un cuarto momento, la Sala amplió la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente con base en un título objetivo de imputación, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, **del principio *in dubio pro reo***, de manera tal que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos –cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la respectiva medida de aseguramiento.

(...)

No resulta constitucionalmente viable ni argumentativamente plausible, en consecuencia, sostener que un precepto contenido en un Decreto con fuerza de ley "como el 2700 de 1991, concretamente en su artículo 414" y ni siquiera en una ley estatutaria, puedan contar con la virtualidad de restringir los alcances que a la responsabilidad del Estado le vienen determinados desde el artículo 90 de la Carta Política, pues según tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional lo han señalado, los parámetros a los cuales se ciñe la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas son los estructurados en el citado artículo 90 constitucional, los cuales bien podrían ser precisados, mas no limitados, por un dispositivo normativo infraconstitucional ; en otros términos y "[E]n definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene" , por consiguiente, ni el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, constituyen fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Tales disposiciones legales precisan, pero de ninguna manera limitan y menos reemplazan la eficacia directa, vinculante y preferente de los contenidos que respecto de la misma materia se desprenden del aludido artículo 90 supremo.

(...)

(...)

En primer lugar, debe la Sala resaltar, respecto del título jurídico de imputación aplicable a los eventos de privación injusta de la libertad, que se trata de un título de imputación o de un régimen de responsabilidad cuyo fundamento debe ubicarse directamente en el artículo 90 de la Constitución Política y no en un precepto legal, hoy derogado, como el contenido en el otrora vigente artículo 414 del Decreto 2700 de 1991; este constituía un referente normativo cuya existencia bien puede decirse que contribuía a respaldar el análisis que debe realizarse respecto de la responsabilidad del Estado por el hecho de las autoridades jurisdiccionales bajo la égida del artículo 90 constitucional, pero dicho examen ha debido "en vigencia del citado artículo 414" y debe en la actualidad "incluso al amparo de lo normado por los artículos 65 a 74 de la Ley 270 de 1996, según más adelante se indicará", centrarse en establecer si se ha producido un daño antijurídico, esto es, que la víctima no se encuentre en el deber jurídico de soportar y si el mismo resulta jurídicamente imputable a la acción o a la omisión de una autoridad pública "adscrita a la Rama Judicial, para efectos del tipo de eventos a los cuales se viene haciendo referencia", únicos presupuestos a los cuales hace referencia el canon constitucional en mención.

(...)

En línea con lo anterior, para la Sala resulta palmario que la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de las personas con ocasión de la instrucción de un proceso penal, no requiere para su operatividad de la concurrencia necesaria de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o de una determinada falla en el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado. Y es que la exigencia de yerros, de fallas, de actuaciones dolosas o gravemente culposas como presupuesto sine qua non exigible para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, refleja cierta tendencia "equivocada, por supuesto, en criterio de la Sala" a confundir o entremezclar, indebidamente, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado "previstos en el inciso primero del artículo 90 constitucional" con los de la responsabilidad personal de sus agentes "consagrados en el inciso segundo ídem", de suerte que con evidentes inconsistencia conceptual y transgresión constitucional, se exige para la declaratoria de la responsabilidad del primero, aquello que realmente sólo cabe constatar como requisito insoslayable de cara a la deducción de responsabilidad de los segundos.

Lo anterior si se tiene en cuenta que la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política impone diferenciar, necesariamente, entre los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado por razón del daño antijurídico imputable a la acción u omisión del poder jurisdiccional, de un lado, y los presupuestos de la responsabilidad personal del agente judicial, de otro, habida cuenta de que aquellos y estos divergen sustancialmente; ese deslinde se torna imprescindible con el propósito de no limitar el sentido lógico y las condiciones de operatividad de cada uno de los referidos ámbitos de responsabilidad, pues tratándose del primero de ellos "el juicio de responsabilidad al Estado" no resulta constitucionalmente válido, según se ha expuesto, introducir restricciones sustanciales al alcance de la cláusula general de responsabilidad, con desmedro de la adecuada protección de las víctimas del daño antijurídico.

De otro lado, como en anteriores oportunidades lo ha expuesto la Sala, resulta pertinente explicar por qué que no se requiere, ineludiblemente, la concurrencia de un error jurisdiccional o de una detención arbitraria u ordenada mediante providencia contraria la ley para que se pueda abrir paso la declaratoria judicial de responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, puesto que a tal efecto lo único que se hace menester, atendiendo a lo preceptuado por el varias veces mencionado artículo 90 constitucional, es que se acredite la causación de un daño antijurídico a la persona privada de su libertad y que ese detrimento resulte imputable a la acción o a la omisión de la autoridad judicial respectiva.

Lo anterior resulta igualmente predicable de aquellos eventos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal del sindicado privado de su libertad se sustenta en la aplicación del principio *in dubio pro reo*, más aún si se tiene en cuenta que en la mayor parte de tales casos, lo que se apreciará es que las decisiones judiciales adoptadas dentro del proceso penal respectivo resultan rigurosamente ajustadas a Derecho. Empero, la injusticia de la privación de la libertad en estos "como en otros" eventos no deriva de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino de la consideración consistente en que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelantan la investigación o el correspondiente juicio penal pero que a la postre culmina con la decisión absolutoria o pronunciamiento judicial equivalente que pone en evidencia que el mismo Estado que ordenó esa detención no pudo desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que siempre al afectado: antes, durante y después de los aludidos investigación o juicio de carácter penal.

Como corolario de y en estrecha conexión con lo expuesto, resulta relevante igualmente destacar que la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, en casos en los cuales ha sido exonerada de responsabilidad penal como resultado de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, sin sustento en o sin referencia a yerro, falla o equivocación alguna en la cual hubieren incurrido la Administración de Justicia o alguno de sus agentes, con base en un régimen objetivo de responsabilidad, en modo alguno torna más gravosa la situación del(los) servidor(es) público(s) que hubieren intervenido en la actuación del Estado "y que, por ejemplo, hubieren sido llamados en garantía dentro del proceso iniciado por la víctima del daño en ejercicio de la acción de reparación directa", como tampoco coarta o dificulta el cumplimiento de las funciones asignadas a la Fiscalía General de la Nación o a la Jurisdicción Penal en cuanto que con ello supuestamente se estuviere atentando contra la autonomía e independencia de los jueces penales o de los fiscales y contra la facultad de los mismos para recaudar elementos demostrativos que permitan el esclarecimiento y la imposición de las penas que amerita la comisión de hechos punibles.

Ello con fundamento en los efectos y en las consecuencias que se desprenden de la anotada distinción entre los presupuestos que gobiernan la responsabilidad patrimonial del Estado y los que determinan la responsabilidad personal del agente judicial, comoquiera que esta última solamente se verá comprometida, de conformidad con lo normado por el inciso segundo del artículo 90 constitucional, cuando el funcionario judicial obre prevalido de dolo o de culpa grave, cosa que en principio no tiene por qué ocurrir en los supuestos en los cuales la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona

se declara a pesar de que el desenvolvimiento del proceso penal, en el caso concreto, no merezca reproche alguno en punto de su conformidad a Derecho. Sobre este extremo habrá de retornar más adelante la Sala al pronunciarse respecto de la responsabilidad de los llamados en garantía en el asunto sub iudice."

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, Rad.: 25000-23-26-000-1992-8304-01(13164); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, Exp.: 15463.

DECISIÓN:

"PRIMERO: Revócase la sentencia dictada dentro del presente proceso por el Tribunal Administrativo de Nariño el día 31 de mayo de 2002 y, en su lugar, se dispone:

1. Declárase administrativamente responsable a la Nación –Fiscalía General de la Nación y Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-, por la privación injusta de la libertad de la cual fue objeto el señor Luis Carlos Orozco Osorio.
2. Condénase solidariamente a la Nación –Fiscalía General de la Nación y Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-, a pagar al demandante Luis Carlos Orozco Osorio, un monto equivalente a 100 smlmv, a título de perjuicios morales.
3. Condénase solidariamente a la Nación –Fiscalía General de la Nación y Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-, a pagar al señor Luis Carlos Orozco Osorio, la suma de \$ 97784.100,00, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante.
4. Absolver de responsabilidad a los llamados en garantía.
5. Sin condena en costas".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

- "1. El señor Luis Carlos Orozco Osorio era funcionario de la Fiscalía General de la Nación –en la sede de Puerto Asís, Putumayo– y el día 27 de mayo de 1992 se hurtaron de ese Despacho unos alcaloides, los cuales habían sido incautados días atrás, hecho del que fue sindicado y, por tanto, se vinculó al ahora demandante, de manera formal, al respectivo proceso penal. El día 23 de junio de ese año el ahora demandante fue capturado y recluido en la cárcel local de Puerto Asís, para luego ser trasladado a la cárcel de Mocoa, Putumayo.
2. El día 23 de junio de 1994 se profirió en contra del señor Orozco Osorio resolución de acusación, no obstante las irregularidades procesales que se habrían cometido en el proceso penal y la ausencia de pruebas que lo responsabilizaran del hecho punible del cual se le sindicó.
3. Mediante proveído de agosto 15 de 1995, la Fiscalía General de la Nación, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación dictada en primera instancia, revocó dicha decisión y ordenó la libertad inmediata del procesado "*por no existir pruebas suficientes*" que lo responsabilizaran por los hechos materia de investigación penal, de modo que el demandante estuvo privado de manera injusta de su libertad por un término de 36 meses".

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia proferida el 31 de mayo de 2002, encontró configurada la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues sostuvo que debió demandarse a la Rama Judicial; sin embargo, señaló que la decisión no podía ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones de la demanda."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Danilo Rojas Betancourth; Enrique Gil Botero; Stella Conto Díaz del Castillo.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 11001-03-26-000-2013-00127-00(48521)	FECHA: 13/02/14
PONENTE: Enrique Gil Botero		ACTOR: Anatlde Arboleda vda. de Hurtado	
DEMANDADO: Nación - Ministerio de Minas y Energía			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica por tratarse de un auto admisorio de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Ley 685 de 2001 y Ley 1437 de 2011.

TEMA PRINCIPAL: Competencia del Consejo de Estado para conocer en única instancia de asuntos mineros en los que obre como demandada la Nación o una entidad estatal del mismo orden.

TEMA COMPLEMENTARIO: Derogación de leyes. Antinomia de leyes.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO: No se refirieron.

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

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

En esa perspectiva, surge *prima facie* un aparente conflicto de normas en el tiempo, entre el Código de Minas y la ley 1437 de 2011 (CPACA), en ese orden es necesario precisar si al haber guardado este último ordenamiento silencio sobre el particular, derogó o no la ley especial contenida en la primera codificación referida.

1. Aplicación e interpretación de las leyes en el tiempo

1.1. La figura de la derogación de leyes

[...]

En ese orden de ideas, existen legalmente dos tipos de derogación de las leyes en Colombia: la primera, la expresa, que consiste en la manifestación inequívoca de la voluntad del legislador por dejar sin vigencia una norma anterior de la misma jerarquía de la nueva disposición, sin importar que el precepto derogado ostentara la condición de ser especial o general frente a la nueva ley; la segunda, la tácita, se genera por una regulación contenida en la nueva norma que pugna y no puede articularse o conciliarse con la ley anterior, circunstancia por la que, en este caso específico, la ley posterior prima sobre la anterior. En otros términos, mientras que en la derogación expresa poco importa el contenido de la nueva regulación (ley nueva), en la tácita la pérdida de vigencia de la ley anterior se pierde porque en la nueva existe una regulación de la materia (*ratione materiae*) opuesta y, por lo tanto, prevalente sobre la antigua.

La jurisprudencia constitucional, a partir de la lectura del artículo 3° de la ley 153 de 1887, ha precisado que existe una tercera categoría de derogación denominada "integral", la cual ha expuesto en los siguientes términos:

"3.3.1.1. La jurisprudencia ha precisado que la derogatoria de una ley conlleva la cesación de sus efectos jurídicos, lo cual ocurre en al menos tres casos: (i) cuando una '*nueva ley suprime formal y específicamente la anterior*' [derogatoria explícita]; (ii) 'cuando la ley nueva contiene disposiciones incompatibles o contrarias a las de la antigua' [derogatoria implícita], y (iii) '**cuando una ley reglamenta toda la materia regulada por una o varias normas precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de estas y las de la ley nueva**' [derogatoria por regulación integral]." (Cursivas del original - negrillas adicionales).

(...)

La derogatoria orgánica o integral surge al igual que la tácita por una incompatibilidad (*ratione materiae*), sólo que en el caso de la primera, la regulación nueva es integral o total en relación con el asunto legislado.

(...)

1.2. Las antinomias legislativas y tipos de las mismas

Un gran exponente de los conflictos de leyes en sus diversos espacios de validez, esto es: i) temporal, ii), espacial, iii) material, y iv) personal, es el tratadista Norberto Bobbio, que en su reconocida obra titulada "Teoría General del Derecho", dedicó varias páginas a explicar el citado fenómeno y las posibles soluciones al mismo.

(...)

Como se desprende de las normas transcritas, existen tres criterios para solucionar los conflictos de normas: i) el criterio jerárquico o de primacía, según el cual la norma superior prima sobre la inferior (v. gr. la ley estatutaria del derecho de petición [vs] una la ley 1437 de 2011), ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior (v. gr. la ley 1437 de 2011 [vs] el Decreto - ley 01 de 1984), y iii) el criterio de especialidad, según la cual la norma especial prima sobre la general, inclusive cuando esta última sea posterior (v. gr. la ley 1437 de 2011 [vs] la ley 1564 de 2012).

Ahora bien, la norma especial es aquella que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia concreta que, de no estar allí contenida, tendría que ser resuelta por las disposiciones más generales (v. gr. los temas tributarios).

(...)

Ahora bien, es posible que, a su vez, exista conflicto o pugnacidad entre cualquiera de los citados criterios para definir la aplicación de la ley en el tiempo, concretamente entre el cronológico y el de especialidad, ya que con el de superioridad no puede desencadenarse por ser prevalente este último frente a los dos restantes.

En otros términos, es necesario definir qué ocurre cuando la ley posterior (criterio cronológico) regula o se refiere a una materia previamente legislada en una ley anterior pero especial (criterio de especialidad).

Sobre el particular, la doctrina autorizada ilustra la situación y la solución de la siguiente forma:

"2. *Conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico.* Este conflicto tiene lugar cuando una norma anterior - especial es incompatible con una norma posterior - general. Existe conflicto porque al aplicar el criterio de especialidad se le da prevalencia a la primera norma, y al aplicar el criterio cronológico se da prevalencia a la segunda. También aquí se ha establecido una regla general: *lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Con base en esta regla el conflicto entre el criterio de especialidad y el criterio cronológico debe ser resuelto a favor del primero: la ley general posterior no elimina la ley especial anterior. Ello lleva a una excepción ulterior al principio *lex posterior derogat priori*, ya que este principio desaparece no sólo cuando la *lex posterior* es inferior, sino también cuando es general (*y la lex prior es specialis*)."

(...)

1.3. La antinomia real o aparente entre los artículos 149 del CPACA y 295 de la ley 685 de 2001 Efectuado el anterior recorrido doctrinal y jurisprudencial, es posible arribar a las siguientes conclusiones nodales o torales:

i) La ley 1437 de 2011 contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por consiguiente, se trata de una ley general ordinaria.

(...)

iii) Como se aprecia, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de diversidad de asuntos asignados en leyes especiales, con procedimientos y trámites particulares razón por la que si la intención del legislador del CPACA era la de regular de manera íntegra u orgánica la materia contencioso administrativa debió ser explícito y señalar sin ambages - inclusive sin guardar silencio como en el caso de los asuntos mineros- que se trataba de una legislación absoluta e integral que dejaba sin vigencia las acciones, competencias, procesos, procedimientos y recursos contenidos en leyes especiales. No para que incluyera una disposición expresa de derogatoria, sino para que a lo largo del proceso de reforma por parte de la Comisión designada para su redacción, como en el Congreso de la República, se hiciera énfasis y claridad en tal sentido.

Ante la ausencia de esa manifestación, no le es posible al intérprete distinguir donde el legislador guardó silencio; por tal motivo, la regla general de que la ley posterior no deroga la ley especial anterior, no fue excepcionada en el caso concreto del CPACA, por el contrario, queda en evidencia según el trámite que se ha venido dando a nuevos procesos iniciados ya en vigencia de este último (v. gr. pérdidas de investidura) que la legislación especial sigue siendo aplicable para regular el trámite y la decisión en este tipo de asuntos.

De modo que de aceptarse la tesis contraria, esto es, la que afirma que la ley 1437 de 2011 derogó, por ser posterior e integral, las disposiciones especiales - lo cual operaría en su totalidad dado el principio de indivisibilidad normativa- habría que preguntarse: ¿por qué a los procesos de pérdida de investidura que han cursado o cursan en vigencia de la ley 1437 de 2011, se les sigue aplicando el procedimiento previsto en la ley 144 de 1994, y no el trámite ordinario de la primera si la ley posterior deroga a la anterior?

[...]

...se puede concluir lo siguiente: el legislador quería derogar todas las normas que le fueran contrarias (derogatoria tácita por **regulación nueva** de la materia), así como abrogar expresamente todas las legislaciones relacionadas con el C. C. A., es decir, el Decreto 01 de 1984; por tal motivo hizo derogación expresa del Decreto 2304 de 1989, de ciertos artículos de la ley 446 de 1998, de la ley 809 de 2003 sobre revocatoria directa de actos administrativos, de la ley 952 de 2005, modificatoria del C. C. A., así como de la ley 1395 de 2010, sobre competencia y recursos ordinarios ante la J.C.A.

iv) En este punto es importante anotar que la abrogación orgánica o integral parte del supuesto de que la materia en su totalidad (competencia, procedimiento, recursos, etc.) se encuentre regulada en la nueva normativa. Por ende, no deviene admisible la hermenéutica que defiende una derogatoria integral - en los términos del artículo 3° de la ley 153 de 1887- de las normas especiales contenidas en variopintas leyes que han sido proferidas en años anteriores y que regulan de manera especial distintas competencias, salvo dos excepciones: la primera, que el legislador de la ley 1437 de 2011 expresamente quisiera suprimir la normativa anterior (v. gr. el artículo 73 de la ley 270 de 1996, cuya derogatoria fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-818 de 2012) y, la segunda, que existiera una regulación nueva de la materia que derogara tácitamente (por incompatibilidad) una ley anterior (v. gr. el artículo 145 de la ley 1437 de 2011, en relación con el artículo 39 de la ley 472 de 1998, en relación con la competencias del juez de la pretensión popular cuando la fuente del daño o la amenaza es un acto administrativo o un contrato estatal).

v) La postura de la derogatoria integral también contravendría normas de carácter supranacional, y leyes que se integran el ordenamiento jurídico en razón del control de convencionalidad que deben efectuar los jueces a nivel interno. En efecto, existen disposiciones procesales y de competencia en los Acuerdos de Cartagena sobre propiedad intelectual (industrial y derechos de autor), así como la ley 288 de 1996 que contiene disposiciones procesales y de competencia en materia de aprobación de acuerdos conciliatorios cuando existen pronunciamientos de organismos internacionales de protección de derechos humanos, como por ejemplo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De modo que, de aceptarse la postura de la derogación integral u orgánica de la ley 1437 de 2011, todo el universo normativo relacionado con la materia administrativa (en la vía administrativa propiamente dicha o en la judicial) quedarían derogados y vacuos.

vi) En cuanto tiene que ver con la hermenéutica finalística o teleológica, no puede desconocerse que el legislador quiso, con las competencias establecidas en la ley 685 de 2001, establecer un esquema de control especial para la actividad minera del Estado, especialmente cuando son las entidades del orden nacional las que confieren títulos habilitantes en esa materia.

Lo anterior, comoquiera que las actividades de exploración y explotación minera tienden a intervenir, limitar o afectar en gran medida derechos subjetivos individuales o colectivos de la población, razón por la que corresponde al Consejo de Estado ejercer la competencia del control de legalidad de esa actividad estatal.

En otros términos, la voluntad del legislador general no puede derogar la regulación del legislador especial anterior a partir del silencio, máxime si el objeto normado tiene una finalidad específica de protección de derechos y control específico de actividades.

vii) Las normas de competencia, como lo sostiene la doctrina, no son enunciado prescriptivos sino cualificatorios o habilitantes, circunstancia por la que atribuyen una "*potestas*" que no pueden ser analizadas en términos de eficacia/ineficacia, cumplimiento/incumplimiento, obediencia/desobediencia, sino que, por ser de orden público corresponde su aplicación total mientras se encuentren vigentes. En esa medida, el legislador posterior no puede derogar vía omisión o silencio, una norma habilitante, salvo que lo haga de manera expresa (v. gr. derógase el artículo 295 de la ley 685 de 2001) o tácita (v. gr. los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de: (...) los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho, incluidos los mineros...) pero no por medio, se itera, del silencio.

viii) La interpretación de las normas jurídicas tiene que hacerse bajo una perspectiva razonable, esto es, lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han denominado "la lógica de lo razonable", es decir, que al margen de la exégesis que se desprende de la literalidad (positivismo) de las normas jurídicas, el juez cuenta con un ámbito hermenéutico en el que se persigue la razonabilidad del ordenamiento jurídico.

La pregunta que habría que hacerse entonces es la siguiente: ¿existió razonablemente la finalidad por parte del legislador del CPACA de derogar todas y cada una de las disposiciones especiales?

Si se revisa el libro editado por el Consejo de Estado y la Contraloría General de la República, titulado "Memorias - Seminario de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", en ninguna de las conferencias presentadas por los comisionados se hace referencia a una posible "derogatoria integral u orgánica", así como tampoco se aludió al tema de la reestructuración integral u orgánica de las competencias del Consejo de Estado en única instancia.

Sin hesitación alguna, de las discusiones al interior de la Comisión de Reforma existía un interés por volcar o reflejar en la ley 1437 de 2011, todas las competencias que estuvieran dispersas en otras legislaciones especiales en aras de un trabajo de sistematización normativa, pero ello no quiere por sí mismo significar que si un aspecto quedaba omitido - desconociéndose la razón de la omisión- ello quisiera significar que los asuntos, competencia, procedimiento, etc., quedarían derogados en virtud de un principio de integralidad, cuando lo cierto es que, se insiste, el CPACA no tuvo el objetivo de recoger los procedimientos administrativos especiales, ni tampoco los procesos contencioso administrativos regulados en normas particulares ya que esa labor hubiera generado una tarea de proporciones titánicas; en otros términos, el CPACA al igual que su antecesor (C. C. A.) sigue siendo un código de aplicación subsidiaria en materia procedimental y de aplicación general en materia contencioso administrativa, salvo que exista norma especial (anterior o posterior) que regule la materia.

[...]

La anterior decisión sirve, de igual forma, para reiterar la posición según la cual no todo asunto que tenga incidencia en un tema minero puede ser catalogado como tal, en los términos del artículo 295 de la ley 685 de 2001, sino que, por el contrario, sólo serán del conocimiento del Consejo de Estado, en única instancia, aquellos que sean eminentemente asuntos de esta naturaleza, es decir, que el objeto de la controversia se refiera de manera directa e inmediata a un tema minero (v. gr. la prórroga de un título habilitante).

Como corolario de lo anterior, la ley 1437 de 2011 es una normativa ordinaria general y posterior que: i) al no suprimir o modificar formalmente (expresa o tácitamente) la anterior (Código de Minas), ii) al no contener disposiciones incompatibles con la ley 685 de 2001, y iii) al guardar silencio sobre el tema correspondiente a la competencia en materia minera, no modificó, subrogó, ni derogó la ley ordinaria especial y previa, es decir, se insiste, la ley 685 de 2001, actual Código de Minas.

Por lo tanto, si un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o cualquier otro distinto del de controversias contractuales *que se promuevan y relacionen inescindiblemente sobre un asunto minero* y donde una de las partes sea una entidad estatal nacional, la competencia está determinada por los preceptos contenidos en la ley 685 de 2001, por ser la norma especial que regula la materia, máxime que la ley 1437 de 2011, que es posterior, guardó silencio sobre este tópico en particular, aunado al hecho que no es posible concluir, desde ningún punto de vista - ya que no existe norma o fundamento que así lo afirme- que la legislación posterior es siempre mejor que la anterior

FUENTES: Artículos 1 y 2 de la Ley 153 de 1887; artículo 5 de la Ley 57 de 1887; Corte Constitucional, sentencias C-078 de 1997, C-931 de 2009; Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 28 de noviembre de 2012, Rad.: 42083, C. P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Bobbio, Norberto, "Teoría General del Derecho", Ed. Debate, Madrid, 1993.

DECISIÓN:

"Primero. Unifícase la jurisprudencia en torno a la competencia del Consejo de Estado para conocer de medios de control relacionados directamente con asuntos mineros en los que intervenga la Nación o una entidad del mismo orden, en única instancia, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Admítase la demanda presentada por los señores Manuel Crecencio Arboleda, Anátilde Arboleda vda. De Hurtado, Kwang Young Han y Kyeong Hwan Ju, contra la Nación- Minsiterio de Minas y Energía.

[...]"

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Decide la Sala Plena de la Sección Tercera –con fines de unificación el tema de la competencia de esta Corporación para conocer en única instancia de asuntos mineros en los que obre como demandada la Nación o una entidad estatal del mismo orden– sobre la admisión de la demanda interpuesta el 30 de agosto de 2012, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por los señores: Manuel Crecencio Arboleda, Anátilde Arboleda vda. De Hurtado, Kwang Young Han y Kyeong Hwan Ju, contra las Resoluciones Nos. DSM N° 3652 de 22 de noviembre de 2010, en virtud de la cual se rechaza y se archiva la solicitud de minería tradicional No. LGE -15451 y la SCT N° 000213 de 2 de febrero de 2012, en la que se decidió el recurso de reposición interpuesto contra la primera, proferidas, respectivamente, por Ingeominas - Dirección del Servicio Minero, y por la Subdirección de Contratación y Titulación Minera del Servicio Geológico Colombiano. Es de advertir, que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia."

5. SEGUNDA INSTANCIA

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "AUTO DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Danilo Rojas Betancourth; Mauricio Fajardo Gómez y Carlos Alberto Zambrano Barrera.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 73001-23-31-000-2001-01548-01 (25718)	FECHA: 28/04/2014
------------------------------------	--	---	-----------------------------

PONENTE: Hernán Andrade Rincón **ACTOR:** José Octavio Ballesteros Obando y otro

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional y Policía Nacional

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la vida

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 136 C. C. A.

TEMA PRINCIPAL: Teoría del daño especial.

TEMA COMPLEMENTARIO: Responsabilidad estatal por confrontación de grupos subversivos.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La parte actora interpuso recurso de apelación, y solicitó se accediera a las pretensiones de la demanda bajo la égida de un régimen de responsabilidad objetivo, ya fuera daño especial o riesgo excepcional.

En este orden de ideas, afirmó que la prueba arrimada al proceso demostraba el daño causado a la totalidad de los demandantes por lo cual debía condenarse a la demandada, de conformidad con los pedimentos del libelo."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"No empero lo anterior, la Sala considera que no fue acertado el criterio del Tribunal al limitar su estudio únicamente a la falla en el servicio, toda vez que, en el ordenamiento jurídico, no existe norma que imponga al fallador el deber de utilizar obligatoriamente un determinado título o régimen de imputación para los eventos que se ventilen ante esta jurisdicción. Al respecto esta Sección, en sentencia de 19 de abril de 2012, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que

consultara las razones tanto fácticas como jurídicas que dieran sustento a la decisión que deba adoptar, de ahí que la jurisdicción de lo contencioso administrativo haya dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos puestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas -a manera de *recetario*- un específico título de imputación.

(...)

En ese orden de ideas, a la luz de las circunstancias establecidas con el material probatorio allegado al presente proceso, la Sala considera que es posible llegar a idéntica conclusión que a la que se llegó en la ocasión atrás reseñada, vale decir, a la determinación, en este caso concreto, de la responsabilidad en cabeza de la demandada a título de daño especial, por las mismas razones a las allí señaladas y que, en la parte pertinente, ahora la Sala se permite retener en esta providencia. Se razonó entonces así:

"Como sea que los hechos que dieron lugar al daño por el cual hoy se reclama ocurrieron en el marco del conflicto armado interno y resulta evidente que es al Estado a quien corresponde la búsqueda de soluciones que conlleven a la terminación de la guerra, de ahí que debe convenirse en que se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas...

"...Ahora, en cuanto al título de imputación como herramienta de motivación que debe ser aplicado para dar respuesta al caso concreto, la Sala considera que, en aras de materializar el valor justicia, la responsabilidad del Estado en este caso se ha comprometido a título de daño especial, por entenderse que no hay conducta alguna que pueda reprochársele a entidad demandada, quien actuó dentro del marco de sus posibilidades, así como tampoco se puede reprochar la conducta de la actora, quien se presenta como habitante del pequeño poblado de Silvia, víctima indirecta de un ataque dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil y que, en tales circunstancias le causó un perjuicio en un bien inmueble de su propiedad, trayendo para ella un rompimiento de las cargas públicas que debe ser indemnizado...

"...En conclusión, la Sección considera que en este caso resulta aplicable la teoría del daño especial, habida cuenta que el daño, pese que se causó por un tercero, lo cierto es que ocurrió dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos, óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen visible y palpable, la legitimidad del Estado".

En conclusión, frente a las víctimas del conflicto armado, el Estado Colombiano no puede permanecer impasible, máxime en casos como el presente, en el cual, los afectados se vieron sometidos injustamente al rompimiento de las cargas públicas que normalmente debían asumir, circunstancia de desequilibrio que se concretó en la muerte del señor José Octavio Ballesteros Lozano.

(...)

En esta oportunidad la Sala encuentra procedente reiterar su criterio en el sentido de indicar que el reconocimiento de perjuicios se desprende de la condición personal de damnificado con el daño sufrido, y que el parentesco resulta ser tan sólo un elemento probatorio que indica la existencia de una relación familiar consolidada.

(...)

De todo lo anterior se sigue que cuando se demanda la responsabilidad extracontractual del Estado, la demostración del parentesco no constituye en forma alguna una manera de legitimación material en la causa por activa de los demandantes, toda vez que, se insiste, la legitimación nace del carácter de perjudicado o damnificado con el hecho dañoso, y, por tanto, la demostración del vínculo parental a través del registro civil, lo único que permite es facilitar a las víctimas la demostración del perjuicio sufrido."

FUENTES: Artículo 136 del C. C. A.; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2012, Exp.: 21515.

DECISIÓN:

"REVOCAR la sentencia de 31 de julio de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO. DECLARAR administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional por los daños causados a los demandantes con ocasión de la muerte del señor José Octavio Ballesteros Lozano, en hechos sucedidos el día 4 de abril de 2001 en la población de Ataco, Departamento del Tolima.

SEGUNDO. CONDENAR a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional al pago de las siguientes indemnizaciones:

Por concepto de perjuicios morales

A favor de José Octavio Ballesteros Obando, Modesta Lozano Cedeño y Dora María Juanias Figueroa el equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, para cada uno de ellos.

A favor de Cándida Obando De Ballesteros, Evergisto Ballesteros Lozano, Martha Aponte Lozano, Luz Mérida Ballesteros Lozano, Alba Lucía Ballesteros Lozano, Gloria Esperanza Lozano, Alejandrina Lozano, Carlos Alberto Ballesteros Lozano, Eivaldo Ballesteros Lozano, Modesta Ballesteros Lozano, Julio César Ballesteros Lozano, Pedro Antonio Ballesteros Lozano, Luis Enrique Bellesteros Lozano, Olga Lucía Ballesteros Vera el equivalente en pesos a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, para cada uno de ellos;

A favor de Ángel María Juanias Romero y María Ninfa Figueroa de Juanias el equivalente en pesos a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, para cada uno de ellos.

Por concepto de lucro cesante

A favor de Dora María Juanias Figueroa la suma de ciento veinticuatro millones setecientos veintiséis mil novecientos treinta y siete pesos m/cte. (\$124.726.937)

TERCERO. SE NIEGAN las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

QUINTO. La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984.

SEXTO. No hay lugar a condena en costas”.

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

“José Octavio Ballesteros Obando, Modesta Lozano Cedeño, Cándida Obando De Ballesteros, Evergisto Ballesteros Lozano, Martha Aponte Lozano, Luz Méilda Ballesteros Lozano, Alba Lucía Ballesteros Lozano, Gloria Esperanza Lozano, Alejandrina Lozano, Carlos Alberto Ballesteros Lozano, Eualdo Bellesteros Lozano, Modesta Ballesteros Lozano, Julio César Ballesteros Lozano, Pedro Antonio Ballesteros Lozano, Luis Enrique Ballesteros Lozano, Olga Lucía Ballesteros Vera, Dora María Juanias Figueroa, Ángel María Juanias Romero y María Ninfa Figueroa de Juanias por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa, demandaron a la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional - Policía Nacional-, para que se los declarara administrativa y civilmente responsables de todos los perjuicios morales y materiales que les fueron ocasionados con la muerte del señor José Octavio Ballesteros Lozano “...ocurrída del día 4 de abril de 2.001 en el municipio de Ataco (Tol), durante el ataque al cuartel de la Policía de dicho municipio por parte de fuerzas insurgentes...”.

Consecuencialmente, a título de indemnización, solicitaron se le reconocieran los siguientes valores:

Por concepto de perjuicios morales, el valor equivalente a 1000 gramos de oro para José Octavio Ballesteros Obando, Modesta Lozano Cedeño (Padres) y Dora María Juanias Figueroa (compañera permanente); 900 gramos de oro a favor de Cándida Obando de Ballesteros (Abuela); 600 gramos de oro para Ángel María Juanias Romero y María Ninfa Figueroa; y, 500 gramos de oro para Evergisto Ballesteros Lozano, Martha Aponte Lozano, Luz Méilda Ballesteros Lozano, Alba Lucía Ballesteros Lozano, Gloria Esperanza Lozano, Alejandrina Lozano, Carlos Alberto Ballesteros Lozano, Eualdo Ballesteros Lozano, Modesta Ballesteros Lozano, Julio Cesar Ballesteros Lozano, Pedro Antonio Ballesteros Lozano, Luis Enrique Ballesteros Lozano, Olga Lucía Ballesteros Vera (Hermanos).

Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, a favor de la señora Dora María Juanias, solicitaron la suma de \$70.615.000 teniendo en cuenta que el señor José Octavio Ballesteros Lozano, al momento de su muerte se desempeñaba como vendedor de empanadas y otros enseres.

Como fundamentos de hecho de las pretensiones, narró la demanda que la muerte del señor José Octavio Ballesteros Lozano se produjo como consecuencia del cruce de disparos entre los policiales acantonados en la Estación de Policía de Ataco y guerrilleros de las FARC, con ocasión de la incursión guerrillera a dicho cuartel sucedida el 4 de abril de 2001”.

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia proferida el 31 de julio de 2003, declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ejército Nacional al considerar que esta entidad no tenía relación directa con los hechos alegados en la demanda.

En lo concerniente a la Policía Nacional, negó las pretensiones de la demanda al no encontrar demostrada falla en el servicio imputable a los policiales que se encontraban acantonados en el Municipio de Ataco, como quiera que no tuvieron información previa respecto de la ocurrencia de la toma guerrillera y una vez acaecido el ataque se comportaron de conformidad con las funciones que les habían sido encomendadas. De igual manera, expuso el Tribunal que la muerte del señor Ballesteros había sido causada por uno de los guerrilleros, situación que configuraba la causal eximente de responsabilidad consistente en el hecho de un tercero".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "AUTO DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 730012331000 200001099 02 [24401]	FECHA: 28/04/2014
------------------------------------	--	--	-----------------------------

PONENTE: Hernán Andrade Rincón **ACTOR:** Jairo Gómez Calderón

DEMANDADO: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - Ejército Nacional

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la propiedad privada.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 90 de la Constitución Política.

TEMA PRINCIPAL: Responsabilidad patrimonial del Estado por actos terroristas. Valoración y tasación de perjuicios materiales: daño emergente y lucro cesante por hechos ocurridos con ocasión a un acto terrorista.

TEMA COMPLEMENTARIO: Aplicación de la teoría del daño especial: obligación de protección a la víctima afectada injustamente por el rompimiento de las cargas públicas.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Inconforme con la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de alzada en los términos que siguen:

Afirmó el recurrente que el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima desconocía la jurisprudencia de ese propio cuerpo colegiado, que días después de pronunciarse en el sentido que atrás se anotó, por esos mismos hechos, condenó al Estado a indemnizar los perjuicios causados a la Iglesia de Nuestra Señora de Chiquinquirá, ocasión en la cual se fundamentó en el daño especial para acceder a las pretensiones.

Así mismo, insistió en afirmar que se encontraba probada la falla en el servicio por omisión en cabeza de la demandada, toda vez que resultaba difícil aceptar que se hubieran producido cinco tomas guerrilleras simultáneas y que las fuerzas militares no se hubieran percatado del movimiento de tropas y armamento propio de este tipo de acciones.

Finalmente solicitó que, en caso de no considerarse demostrada la falla en el servicio, se acudiera a la teoría del daño especial para resarcir a la parte actora, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Analizado el conjunto de las anteriores probanzas, la Sala concluye que le asiste razón a las entidades demandadas al afirmar que no existió la falla en el servicio endilgada en la demanda, como quiera que si bien los declarantes en el proceso afirmaron conocer de la inminencia de la toma guerrillera desde hacía más de dos años, lo cierto es que no existen elementos probatorios que indiquen que, para la fecha de los hechos, las autoridades conocían de manera concreta y previa de las intenciones de los subversivos de atacar al Municipio de Prado y, además, está demostrado en el proceso que el Ejército Nacional había dispuesto un número importante de efectivos en el Municipio de Purificación, cercano al lugar de la incursión, con el fin de prestar apoyo militar en la zona, aspecto que aparece acreditado por la entidad demandada y que permite tener por probada la adopción de medidas por parte del Ejército Nacional con el fin de evitar ataques subversivos contra estas poblaciones, no obstante lo cual, el apoyo no pudo ser brindado de forma inmediata, en razón de las acciones dispuestas por los insurgentes para evitarlo.

Así las cosas, la Sala encuentra que fue la gran magnitud de la ofensiva guerrillera la que impidió que las medidas de seguridad adoptadas fueran efectivas, por cuanto los subversivos optaron por atacar, de manera simultánea, cinco poblaciones del Tolima, a la vez que obstruyeron *-haciendo uso de minas y emboscadas-* las vías de acceso a las mismas, de forma tal que impidieron que las tropas dispuestas para cubrir estas eventualidades pudieran llegar oportunamente al apoyo de los policiales acantonados en los distintos lugares donde ocurrieron los hechos.

Por lo tanto, la Sala encuentra demostrado que las entidades demandadas no permanecieron impasibles frente a la situación de los habitantes del Municipio de Prado, población que según la misma demanda constituía "*zona roja*" del territorio nacional, sino que, dada la forma en la cual ocurrieron los hechos, resultó imposible para las autoridades lograr evitar la concreción de las arremetidas guerrilleras, razones estas que impiden, a todas luces, declarar la existencia de una falencia o falla en el servicio prestado por las demandadas.

(...)

No obstante la imposibilidad de aplicar un título de índole subjetiva al presente asunto, tal circunstancia no impone al fallador la obligación de desestimar las pretensiones de la demanda, por cuanto en el ordenamiento jurídico no existe norma que le imponga el deber de utilizar obligatoriamente un determinado título o régimen de imputación para los eventos que se ventilen ante esta jurisdicción.

Al respecto esta Sección, en sentencia de 19 de abril de 2012, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consultara las razones tanto fácticas como jurídicas que dieran sustento a la decisión que deba adoptar, de ahí que la jurisdicción de lo contencioso administrativo haya dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos puestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas *-a manera de recetario-*, un específico título de imputación. Por ello se concluyó en la mencionada sentencia:

"En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia".

Así las cosas, la Sala encuentra debidamente demostrados que la afectación causada al establecimiento de comercio del señor Jairo Gómez Calderón se produjo como consecuencia del ataque guerrillero contra la población de Prado -Tolima-, ocurrido el 16 de noviembre de 1999, hecho que se enmarca en el conflicto armado que ha venido soportando la Nación, de tiempo atrás, por lo que, a la luz de las circunstancias establecidas con el material probatorio allegado al presente proceso, la Sala considera que es posible determinar la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado, en este caso concreto, a título de daño especial."

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2012, Exp.: 21515.

DECISIÓN:

"REVOCAR la sentencia de 9 de diciembre de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR administrativamente responsable a la Nación - Ministerio De Defensa - Policía Nacional, por los perjuicios causados al señor Jairo Gómez Calderón, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a pagar, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a favor del señor Jairo Gómez Calderón, la suma de tres millones seiscientos noventa y seis mil pesos m/cte. [\$3.696.000].

TERCERO: CONDENAR EN ABSTRACTO a la Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a pagar al señor Jairo Gómez Calderón, a título de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, las sumas que resulten liquidadas como consecuencia del respectivo incidente, tomando como fundamento las bases expuestas en la parte considerativa de este proveído.

CUARTO: SE NIEGAN las demás pretensiones de la demanda.

[...]"

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Explicó el actor que el Municipio de Prado se encuentra ubicado "en lo que comúnmente se denomina hoy zona roja del país", razón por la cual, dicha población había sido amenazada reiteradamente por la guerrilla como objetivo de una próxima "toma guerrillera", amenazas que fueron aumentando con el correr del tiempo a punto que, para finales del año 1999, los cuerpos de inteligencia de las autoridades estaban enterados de la inminencia de dicha incursión.

Adujo el libelo que, ante tales circunstancias, el Ejército Nacional instaló un grupo de aproximadamente 50 hombres en el Municipio de Purificación, a escasos 12 kilómetros del Municipio de Prado, con el fin de que auxiliaran a la Policía Nacional ubicada en aquellas dos cabeceras municipales.

Afirmó el demandante que el día 16 de noviembre de 1999 se produjo la "toma guerrillera anunciada", la cual se dirigió en contra de las instalaciones del Cuartel de Policía, a la vez que se saquearon algunos establecimientos de comercio del lugar.

Se consignó en el libelo que, "la falta de seguridad, el reducido número de agentes del orden de la Policía Nacional, la desprotección del municipio de Prado, por la falta de agentes del orden de la Policía Nacional y el desamparo en que las fuerzas militares dejaron a este municipio, a sus moradores y a los bienes de estos, ocasionaron que la Guerrilla, destruyera totalmente las instalaciones del cuartel de la policía, diera muerte a la casi totalidad de los agentes de dicha institución y de paso causaron los daños materiales de los bienes de los moradores que residían cerca a esta institución..."

Expuso el accionante que los daños sufridos por él, fueron causados por las bombas, explosiones y cruce de disparos que se realizaron en el enfrentamiento armado "propio de la guerra entre insurgentes y personal armado de nuestras instituciones militares".

Por lo anterior, a juicio del actor, la responsabilidad del Estado se encontraba comprometida a título de falla en el servicio y de daño especial que "emana cuando se tiene un establecimiento comercial ubicado en cercanías del cuartel de la Policía".

DECISIÓN:

"Después de realizar la correspondiente valoración probatoria, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda.

Para fundamentar su decisión, el *a quo* explicó que no eran imputables al Estado, los perjuicios causados por "atentados terroristas", dada la naturaleza imprevisible de tales hechos y solamente en aquellos casos en los cuales existieran amenazas previas, conocidas por la autoridad y que no hubieran sido atendidas, se veía comprometida la responsabilidad del Estado.

En ese orden de ideas, el Tribunal de instancia consideró que las afirmaciones de la demanda, concernientes al conocimiento de las entidades demandadas de la inminencia de la toma guerrillera al Municipio de Prado, no fueron demostradas en el proceso, ya que si bien obraba el dicho de dos declarantes que indicaron que el ataque guerrillero había sido anunciado con anterioridad, lo cierto era que estos deponentes no expusieron el origen de tal conocimiento y las razones que los llevaron a no denunciar tales hechos ante la autoridad competente.

En cuanto a la falta de apoyo a los policiales ubicados en la Estación del Municipio de Prado, explicó el *a quo* que estaba demostrado que ese día se produjeron varios ataques simultáneos en la zona y que la vía Purificación - Prado se encontraba presuntamente minada, razón que obligó a los cuerpos de apoyo a realizar el trayecto a pie y extremando medidas de precaución, con lo cual les resultó imposible hacerse presente al momento en que sucedieron los hechos.

Finalizó sus consideraciones el Tribunal con la siguiente aseveración: "Los habitantes de una población o vereda no tienen por qué sufrir las consecuencias de los hechos violentos o terroristas. Sin embargo para responder el Estado patrimonialmente, el accionante está obligado a probar satisfactoriamente la falta o falla del servicio, por la acción u omisión de las autoridades públicas, que en el caso sub-judice los daños no se pueden imputar a la Nación por lo ya sostenido, imponiéndose la negativa de las pretensiones de la demanda".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "AUTO DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Danilo Rojas Betancourth; Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Stella Conto Díaz del Castillo; Carlos Alberto Zambrano y Mauricio Fajardo Gómez.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 76001-23-31-000-1996-05208-01{23128}	FECHA: 13/05/2014
PONENTE: Mauricio Fajardo Gómez		ACTOR: Ángela Marleny Salazar de Cobo y otros	
DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho real de dominio.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Decreto Ley 1250 de 1970; Ley 1579 de 2012.

TEMA PRINCIPAL: Derecho real de dominio: medios probatorios ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

TEMA COMPLEMENTARIO: Responsabilidad extracontractual del Estado por omisión.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Inconforme con la referida sentencia de primera instancia, el demandante interpuso recurso de apelación.

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en los alegatos de conclusión.

Indicó que sí se había solicitado la ayuda respectiva y, en todo caso, indicó que era previsible que como consecuencia del operativo que dio de baja a un alto mando del grupo subversivo podían existir retaliaciones contra los demandantes, pues fueron ellos los que en principio denunciaron el hecho delictivo que estaban padeciendo, tal como con posterioridad se habría reconocido en el informe de inteligencia que obra en el expediente.

Expuso que existe jurisprudencia del Consejo de Estado que ha declarado la responsabilidad del Estado aun cuando no ha mediado solicitud de protección alguna, pero la entidad accionada ha tenido conocimiento que por las especiales circunstancias del caso concreto era previsible la ocurrencia de un hecho dañoso.

Con el recurso de apelación, el actor aportó copia auténtica de: i) la Escritura Pública No. 732 del 25 de febrero de 1999 en el cual consta una "declaración de construcción y la protocolización de un documento" y; ii) el Certificado de Tradición y Libertad del inmueble cuya destrucción se alega como uno de los daños ocasionados como consecuencia de los hechos narrados en la demanda."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"De conformidad con el anterior recuento jurisprudencial, se encuentra que la posición actual y consolidada del Consejo de Estado enseña que la Administración debe responder patrimonialmente a título de falla en el servicio por omisión en el deber de prestar seguridad y protección a las personas, por lo menos en dos eventos: i) Cuando se solicita protección especial con indicación de las especiales condiciones de riesgo en las cuales se encuentra la persona y ii) Cuando sin que medie solicitud de protección alguna, de todas maneras resulta evidente que la persona la necesitaba *"en consideración a que existían pruebas o indicios conocidos que permitieran asegurar que la persona se encontraba amenazada o expuesta a sufrir graves riesgos contra su vida, en razón de sus funciones"*.

(...)

En este punto la Sala acoge y reitera la posición que asumió la Sección Tercera en la sentencia del 4 de diciembre de 2007 según la cual el Estado, como estructura en la cual se radica el poder político y público y, como tal, posee el monopolio de la fuerza armada, se encuentra obligado tanto a precaver y castigar el delito, como a proteger a todas las personas respecto de las cuales se concrete una amenaza conocida, cierta y resistible, de tal forma que ante la incapacidad de brindar la seguridad que le es debida, debe responder por el daño antijurídico que genere la materialización del riesgo advertido.

En este sentido, como también se mencionó en la providencia aludida, no se trata simplemente de considerar que la obligación de vigilancia y protección corresponde a *"obligaciones de medios"*, en la medida en que se trata de *"obligaciones jurídicas superiores"* u *"obligaciones funcionales del Estado"* en cuanto representa deberes jurídicos fundacionales en los cuales se cimienta la concepción del propio Estado, por su incumplimiento debe acarrear importantes consecuencias o sanciones.

(...)

Así pues, en el presente caso resulta evidente que desde el momento en que la entidad ahora demandada tuvo conocimiento de los hechos delictivos que venía padeciendo una de las aquí demandantes, asumió una *posición de garante*, esto es una obligación específica de intervención, respecto de la integridad de las personas denunciantes y sus familias, así como según se desprende de las particularidades de este caso, de sus bienes, mandato que fue desconocido por el ente público demandado, comoquiera que no adoptó medida alguna de protección y seguridad en relación con la víctimas de los hechos materia de este proceso.

(...)

Ahora bien, para acreditar los derechos reales sobre bienes inmuebles, según la jurisprudencia actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se requiere necesariamente el aporte *-en la forma y con los requisitos que disponga la ley para estos efectos-* necesario del título y modo que exija el ordenamiento, de modo tal que ante la no acreditación de alguno de los elementos enunciados, se entenderá que la propiedad no se encuentra acreditada.

Así las cosas, tratándose, por ejemplo y como ocurre en este caso, de la acreditación de la propiedad sobre un bien inmueble, cuyo título lo constituya un contrato de compraventa, en los términos de la posición actual de esta Corporación, quien acuda al proceso en calidad de titular de ese derecho de dominio, deberá aportar la correspondiente escritura pública -título-,

en los términos del artículo 1857 del Código Civil y la constancia de la inscripción de ese título en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos –modo–, de manera que ante la ausencia de cualquiera de los referidos documentos no se entenderá probada la propiedad y, por consiguiente deberá declararse la ausencia de legitimación en la causa por activa cuando sea el demandante el que hubiere acudido al proceso en calidad de propietario sobre un predio.

No obstante lo anterior, un análisis profundo de los antecedentes, características, finalidades y alcances del Sistema de Registro Inmobiliario en Colombia, permite llegar a una conclusión distinta de la sostenida actualmente por la jurisprudencia, en el sentido de que con sólo el aporte del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos, resulta suficiente para acreditar la propiedad sobre el bien inmueble objeto de debate, para efectos de la legitimación en causa por activa, tratándose de un proceso que se adelanta ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En este sentido, un nuevo estudio de las normas vigentes a la fecha en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la demanda del presente proceso y de la normativa recientemente expedida, dan lugar, de manera clara y evidente, a la aplicación de una nueva tesis jurídica que se acompasa con los desarrollos que en materia registral imperan en el mundo jurídico.

Como sustento de la afirmación según la cual con el sólo aporte del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos resulta suficiente para acreditar la propiedad sobre el bien inmueble objeto de debate, para efectos de la legitimación en causa por activa, tratándose de un proceso que se adelanta ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la Sala se propone abordar el estudio de los siguientes aspectos: **1)** posición actual del Consejo de Estado y la Corte Suprema, en relación con los presupuestos exigidos para acreditar la propiedad sobre un bien inmueble; **2)** análisis del Sistema Registral Inmobiliario: Antecedentes, clasificación, alcances y principios que lo orientan; **3)** el Sistema Registral en Colombia; **4)** el Registro de Instrumentos Públicos como servicio que presta el Estado; **5)** el principio de legalidad y publicidad en el Sistema Registral Inmobiliario en Colombia; **6)** alcance probatorio del Registro y del certificado que del mismo se expida.

[...]

De conformidad con los anteriores antecedentes jurisprudenciales, la posición del Consejo de Estado respecto de la forma como debe acreditarse la propiedad puede concretarse en los siguientes argumentos:

Según el ordenamiento, para la transmisión del derecho real de dominio, se requiere de la existencia de un justo título traslativo –como la venta, permuta, donación, etc.– o causa remota o mediata y un modo que haga efectiva esa transferencia del derecho real en mención –causa próxima–.

La conjunción o presencia de esa dualidad inescindible, permite adquirir y transferir el dominio.

Ahora bien, si se quiere transferir la propiedad de un bien inmueble y el título lo constituye un contrato de compraventa, dicho acuerdo, de conformidad con los artículos 1857 y 749 del C.C., no se reputa perfecto ante la ley, mientras no se otorgue escritura pública para esos efectos.

De igual forma, según el artículo 756 del C. C., cuando el modo para transferir el dominio de un bien inmueble lo constituya la tradición, esta se realizará necesariamente a través de la inscripción del título en la Oficina de Registros Públicos.

En cuanto a la forma de probar tales actuaciones, los artículos 1760 del C.C. y 265 del C. de P. C., disponen que cuando para el perfeccionamiento de determinado acto o contrato se exija una solemnidad consistente en un instrumento público, la falta de ese documento público *no puede suplirse por otra prueba* y tales acuerdos se mirarán como no celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público.

Así las cosas, dado que el título, tratándose de la venta de un bien inmueble, lo constituye la escritura pública correspondiente y la presencia de este requisito resulta indispensable para probar el dominio sobre ese bien, el propietario que alegue esa condición en un juicio, necesariamente, debe aportar la referida escritura pública y el certificado de inscripción de dicho título en la Oficina de Registros Públicos.

[...]

A partir de los anteriores principios, en especial del valor que se le atribuye a la inscripción, los sistemas de registro pueden clasificarse en plenos y menos plenos y atendiendo al mecanismo del registro existen sistemas de folio real para cada finca o transcripción o simple asiento registral llevados en orden cronológico.

i) Los sistemas plenos de registro.

Se caracterizan por dar un valor sustantivo a la inscripción en el sentido de que la propiedad y demás derechos reales en inmuebles se adquieren y constituyen por la inscripción.

En general, en todos aquellos ordenamientos en los cuales se sienta la regla de que el contrato de enajenación sólo tiene la función de crear obligaciones entre las partes, pero no la de transmitir la propiedad o dar vida a otro derecho inmobiliario, pueden organizar un sistema pleno de registro dando valor sustantivo a la inscripción, puesto que al no poder crearse por contrato estos derechos, se constituirán entonces por el mecanismo de registro o inscripción de folios reales o en libros especiales.

Los Códigos Civiles alemán, suizo, austríaco, chileno y el colombiano, entre otros, han establecido este principio, en la medida en que se determina que una vez celebrado el contrato de enajenación, la transmisión de la propiedad y demás derechos reales requiere necesariamente de un segundo acto el cual recibe el nombre de tradición, proceso que se cumple con la inscripción del título en el registro constituido para estos efectos.

De ahí que la inscripción tenga un valor sustantivo, esto es que sea constitutivo del derecho a la propiedad y de los demás derechos reales.

ii) Sistemas menos plenos de registro.

Son aquellos en los cuales la propiedad inmueble y sus gravámenes se adquieren directamente por el contrato, siendo la inscripción una solemnidad destinada únicamente a dotar de publicidad frente a los demás, el respectivo contrato y la nueva adquisición del inmueble. En este caso la inscripción es simplemente declarativa.

En el derecho francés e italiano, por ejemplo, se adopta este tipo de sistema.

[...]

En la actualidad existen dos sistemas principales -los cuales, según la doctrina, se advierte que fueron el origen del sistema actual de registro inmobiliario en Colombia-, respecto de cuyo alcance se considera que cuentan con los requisitos que debe tener un sistema técnico o completo de registro inmobiliario; a) valor sustantivo de la inscripción; b) la inscripción se hace en folios reales; c) reconocen la aplicabilidad de ciertos principios registrales.

(...)

Como se observa, el Sistema de Registro Inmobiliario contenido en el entonces vigente Decreto-ley 1250 de 1970 y con mayor ahínco en la Ley 1579 de 2012, incorpora los principios que actualmente orientan y fundamentan un Sistema Técnico de Registro, circunstancia de gran importancia puesto que permite entender, de una mejor manera, los alcances que la inscripción de un título constitutivo de un derecho real sobre un bien inmueble supone en el ordenamiento colombiano.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha expresado que uno de los aspectos más importantes del servicio público registral lo constituye el hecho de que sirve, justamente, de publicidad, en tanto da a conocer a terceros quién es el propietario del bien y, en consecuencia, quién puede disponer del mismo, así como su real situación jurídica, lo cual otorga a los usuarios de dicho servicio seguridad jurídica respecto de sus actuaciones sobre bienes inmuebles, cuando éstas se fundamentan en los registros que lleva la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; de ahí que las inscripciones deben adelantarse en forma cuidadosa respetando el antiguo principio de los derechos reales de conformidad con el cual el primero en el tiempo ha de prevalecer en el derecho *-prius in tempore, potior iure-*.

(...)

Se reitera, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, las condiciones de existencia y de validez del título cuya inscripción se requiere escapan a la competencia del Registrador, comoquiera que sobre esos aspectos *única y exclusivamente* puede pronunciarse el juez ordinario, dado que se trata de un negocio jurídico realizado entre particulares. Lo anterior se extiende al juez administrativo, en la medida en que no le es posible pronunciarse sobre las condiciones de existencia o validez del título, a menos que este lo constituya un acto administrativo o un contrato estatal, caso en el cual, luego de surtir el procedimiento correspondiente, podrá hacer los pronunciamientos a que haya lugar.

Una vez el registrador competente realiza el examen y calificación del título y verifica que la inscripción resulta legalmente admisible y procede a efectuarla, se generan los siguientes efectos:

i) Transmisión de derechos sobre inmuebles.

La propiedad y demás derechos reales respecto de bienes inmuebles sólo existen y se transmiten mediante la inscripción del título en la matrícula inmobiliaria.

ii) Opera el principio de publicidad.

De conformidad con el artículo 44 del Decreto-ley 1250 de 1970 y el artículo 46 de la Ley 1579 de 2012, *"por regla general ningún título o instrumento sujeto a registro o inscripción surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha de aquél".*

Tanto para la jurisprudencia como para la doctrina, uno de los principales efectos de la inscripción es el de la publicidad de la propiedad y demás derechos reales en inmuebles, lo cual indica que es de público conocimiento que la situación jurídica de los inmuebles se exterioriza por el registro, de igual forma que cada persona puede tener acceso al registro para informarse de la situación jurídica de un inmueble y, por último, *que el derecho inscrito* en favor de una persona realmente le pertenece puesto que así lo dice el registro (publicidad *materia*), situación que se logra, a su vez, con la aplicación de tres principios: la legitimación registral, la presunción de legalidad y la fe pública del registro.

(...)

A lo anterior se agrega que en cuanto la inscripción o el registro constituyen un típico acto administrativo, gozan de la presunción de legalidad, de manera que salvo que se declare su nulidad o cesen sus efectos por medio de los presupuestos previstos en el ordenamiento para ello, se debe presumir que el acto de inscripción cumplió con los las normas superiores en las cuales debía fundamentarse, de manera que resulta de obligatorio cumplimiento y observación.

En cuanto al principio de la fe pública registral, como se expuso, consiste en una presunción según la cual el adquirente o tercero confía en la veracidad y legalidad del registro, de manera que este se reputa siempre exacto y lo protege en su adquisición, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en la ley.

Los anteriores principios, se reitera, fueron consagrados como criterios orientadores de la actividad registral en la Ley 1579 de 2012, de manera que con fundamento en esos presupuestos deben analizarse, interpretarse y aplicarse las normas que hacen parte del Estatuto de Instrumentos Públicos.

(...)

Como consecuencia natural y jurídica de los anteriores planteamientos, la inscripción o el registro del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos constituye prueba suficiente para acreditar el derecho de dominio, en especial cuando se pretenda demostrar este derecho en un proceso judicial que se tramite ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para efectos de tener por verificada la legitimación en la causa por activa en aquellos eventos en que se acuda al proceso en calidad de propietario sobre un bien inmueble, respecto del cual se fundamenten las pretensiones de la demanda.

Ciertamente, si el Estado considera como un servicio público el registro de instrumentos públicos por las finalidades de interés general que este sistema involucra y, si para ello le exige a los Registradores adelantar un procedimiento técnico, jurídico y especializado con el propósito de sólo inscribir aquellos títulos que reúnan los presupuestos legales previstos para ello, decisión final –inscripción– que se presume legal tanto por la presunción de legalidad propia de los actos administrativos, como por el principio de la legitimidad registral, propio, a su vez, de los sistemas técnicos registrales como el contenido en el Decreto-ley 1250 de 1970 y en la Ley 1579 de 2012, según el cual el derecho inscrito en favor de una persona realmente le pertenece puesto que así lo dice el registro, no puede más que concluirse que esa inscripción es suficiente para probar la propiedad respecto de un bien inmueble, en especial, cuando ese derecho pretende acreditarse para efectos de demostrar la legitimación por activa en un proceso de que se adelante en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El artículo 43 del Decreto-ley 1250 de 1970 –norma que fue reproducida en el artículo 46 de la Ley 1579 de 2012- confirma el anterior aserto, en la medida en que se indica que un título sujeto a registro sólo tiene mérito probatorio cuando efectivamente ha sido inscrito en la correspondiente oficina, disposición que necesariamente debe entenderse de manera sistemática con el conjunto de normas y principios que conformar el Sistema de Registro Inmobiliario en el ordenamiento nacional.

(...)

De manera que en los términos de la anterior disposición, es el registro, como constitutivo del derecho real –entre ellos de la propiedad por su puesto- que se traduce en el modo dispuesto por la ley para su transmisión o transferencia, a través del cual se puede probar el derecho real objeto de la inscripción.

No obstante, la norma en comento ha servido como fundamento para sostener que, precisamente, para probar un derecho real, en especial el derecho de dominio sobre el bien inmueble correspondiente, se requiere de la acreditación del título –instrumento, escritura pública, providencia judicial etc.– y del modo –inscripción en el registro- puesto que la disposición hace referencia, precisamente, a que **el título o instrumento** sujeto a inscripción sólo presta mérito probatorio en tanto se hubiese registrado en la respectiva oficina, afirmación que parece indicar que, *contrario sensu*, sin la presentación del título registrado ante quien se pretenda acreditar el derecho, este no se entendería probado.

Con todo, se reitera, la anterior disposición legal bien debe o puede entenderse o interpretarse de manera sistemática con el conjunto normas y principios que regulan el registro de instrumentos públicos como servicio público, situación que, sin duda, permite clarificar el verdadero sentido de la norma en comento.

(...)

Como se observa, la conclusión del procedimiento administrativo de registro de un título se produce a través de la “puesta” en dicho documento de la *constancia* de inscripción, la cual debe devolverse al interesado.

De manera que a ese interesado, como prueba de la inscripción, se le entrega el respectivo título con una constancia de que se efectuó ese trámite, documento que, por su puesto, le sirve como medio de prueba para acreditar el derecho real correspondiente.

(...)

En consecuencia, para la Sala, un nuevo análisis de las normas que regulan la forma como se adquieren y se transmiten los derechos reales –entre ellos el de la propiedad- en nuestro ordenamiento, conducen a la conclusión de que el certificado que expida el registrador de instrumentos públicos en el cual aparezca la situación jurídica de un determinado inmueble y en el cual se identifique como propietario –por la correspondiente inscripción del título que dio lugar a ello- la persona que alegue esa condición en un juicio que se adelante ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para efectos de acreditar la legitimación en la causa por activa, constituye plena prueba de ese derecho.

Debe indicarse que el cambio jurisprudencial que mediante esta providencia se está adoptando está llamado a ser aplicable únicamente encuentra aplicación en aquellos eventos en los cuales se pretenda acreditar la propiedad de un inmueble cuando se trate de un proceso que se

adelanta ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo cual obliga a precisar que si lo que se discute en el proceso correspondiente es la existencia, la validez o la eficacia del título o el cumplimiento del contrato o el del mismo registro o existe el conflicto acerca de quién tiene mejor derecho sobre el bien objeto de proceso –llámese acción reivindicatoria, por ejemplo– necesariamente deberá adjuntarse la respectiva escritura pública o el título correspondiente, actuaciones que no tendrían otra finalidad que desvirtuar la presunción de legalidad y la legitimación registral que recae sobre el acto administrativo de inscripción, caso en el cual deberán adelantarse los procedimientos que para estos efectos dispone la ley y deberán surtirse ante la autoridad judicial respecto de la cual se ha asignado esta competencia.

Iguales consideraciones deben predicarse, esto es habrá necesidad de aportar al respectivo proceso el título correspondiente cuando se trate de litigios contractuales, esto es cuando lo que se discuta en el mismo sea, por el ejemplo, el incumplimiento de una obligación que se derive del citado documento –contrato estatal o acto administrativo– puesto que el problema jurídico en estos eventos se circunscribe al análisis fáctico y jurídico del mismo del título y, por ello será necesario entonces que obre en el expediente con el fin de que el Juez competente haga las valoraciones a que haya lugar.

(...)

Resulta pertinente agregar que la postura jurisprudencial que se modifica mediante la presente providencia dice relación únicamente respecto de la *prueba* de la legitimación por activa cuando se acude a un proceso que se adelanta ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en calidad de propietario de un bien inmueble, que no sobre la forma y los presupuestos, previstos en la ley, para la adquisición, transmisión o enajenación de derechos reales, para cuyo propósito, como no podía ser de otra forma, se requerirá de los correspondientes título y modo en los términos en que para la existencia y validez de estos actos jurídicos lo exige precisamente el ordenamiento positivo vigente.

Finalmente conviene aclarar que lo antes expuesto de manera alguna supone que en adelante *única y exclusivamente* deba aportarse el certificado o la constancia de la inscripción del título en el Registro de Instrumentos Públicos, puesto que si los interesados a bien lo tienen, pueden allegar el respectivo y mencionado título y será el juez el que en cada caso concreto haga las consideraciones pertinentes; se insiste, la modificación en la jurisprudencia que se realiza en esta providencia dice relación únicamente con la posibilidad de probar el derecho real de dominio sobre un bien inmueble con el certificado del Registro de Instrumentos Públicos en el cual conste que el bien objeto de discusión es de propiedad de quien pretende hacerlo valer en el proceso judicial correspondiente.”

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de noviembre de 1991, Exp.: 6296; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de diciembre de 1998, Exp.: 11804; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2008, Exp.: 16234; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, Exp.: 16894; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, Exp.: 18106; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, Exp.: 16894; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, Exp.: 16744; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de noviembre 11 de 2009, Exp.: 17119.

DECISIÓN:

"PRIMERO: UNIFÍCASE la jurisprudencia en relación con la forma de probar el derecho real de dominio sobre un bien inmueble dentro de los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, en consecuencia, se dispone:

1. **Declárase** administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los daños causados a los señores Sandra Marleny Cobo, Diego Ospina Rivas, Luis Alfonso Cobo Rayo, Ángela Marleny Salazar de Cobo, Luis Francisco Cobo Salazar y Diego Alonso Cobo Salazar, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

2. **Condénase** a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a reconocer y pagar las siguientes sumas de dinero o su equivalente dinerario, por concepto de perjuicios morales: [...]

3. **Condénase**, en abstracto, a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a pagar a los demandantes, a título de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, la suma que resulte liquidada como consecuencia del respectivo incidente, con fundamento en lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

4.- **Deniéganse** las demás súplicas de la demanda".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"En la demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

El día 1º de junio de 1996, aproximadamente a las 11:00 a. m., dos individuos armados, quienes se identificaron como miembros del ELN, secuestraron a la señora Sandra Marleny Cobo Ospina, cuando llegaba a la casa ubicada en cercanías del Acueducto de la Reforma, en la parte suroccidental de la ciudad de Cali, corregimiento de Villa Carmelo.

Se indicó que las condiciones del terreno no permitieron que el automóvil donde transportaban a la señora Cobo Ospina llegara a su destino final, razón por la cual cerca de las 6:00 p. m., los secuestradores decidieron dejarla libre, con la indicación de que debía comprar un radio marca Yaetsu 411 y que sintonizara la frecuencia 149.220 a las 3:00 p. m., del lunes siguiente para comunicarse con ella y ponerse de acuerdo en el sitio donde debería efectuarse la entrega de \$ 20'000.000,00. Asimismo se le amenazó con asesinarla si acudía a las autoridades.

El señor Diego Alonso Cobo se comunicó con la fuerza especial denominada UNASE y comentó el caso con el sargento "Sánchez", quien le recomendó no pagar la extorsión y poner el denuncia para que las autoridades pudiesen actuar.

El respectivo denuncia fue formulado el domingo 2 de junio, solicitando la ayuda de las autoridades. Como consecuencia de esa actuación los afectados fueron citados el día lunes 3 de junio por el grupo UNASE y se reunieron con el mayor Jairo Orlando Guerrero Pardo, Comandante de esa Unidad, quien les manifestó que se les asignaría un agente, pues estaba seguro que no se trataba de guerrilleros sino de delincuencia común.

Con la asesoría del agente asignado lograron comunicarse con los extorsionistas, tal como habían quedado, acordando que la entrega del dinero se llevaría a cabo el día martes 4 de junio; siguiendo instrucciones del Teniente de la Policía asignado, se logró pactar únicamente la entrega de la suma de \$ 4'000.000,00.

En la mañana del martes el vehículo de la señora Sandra Marleny fue polarizado por instrucciones del grupo UNASE y le indicaron que debía acudir a la entrega, con el fin de que pudiera reconocer a los secuestradores.

Contando con el acompañamiento de varios agentes de la Policía, se dirigieron al lugar de encuentro donde hicieron contacto con los extorsionistas-secuestradores, quienes la condujeron por la misma ruta por la cual días antes iba a ser secuestrada. Uno de los agentes pudo darse cuenta de un carro lleno de hombres vestidos de militares que no pertenecían a la Tercera Brigada, por lo cual solicitó la ayuda del Bloque de Búsqueda, los cuales llegaron a la zona.

Se afirmó que se presentó un enfrentamiento en el cual murieron 3 subversivos y la señora Cobo Ospina se vio envuelta en el fuego cruzado. Uno de los fallecidos era quien se hacía llamar Jefferson, quien pudo accionar su revólver e hirió a uno de los agentes.

Se sostuvo que la Policía les había indicado que seguirían con las investigaciones para dar con los responsables y les sugirieron a la víctima y a su familia que para su seguridad compraran armas, instrucciones que obedecieron, puesto que adquirieron las armas en la Tercera Brigada.

Dada la situación permanente de inseguridad que se vivía en la zona, se manifestó que acudieron de nuevo a la Tercera Brigada y se entrevistaron con el mayor William Peña, con quien recorrieron el lugar donde residían para verificar las condiciones de seguridad.

Cuentan que el día 8 de julio, mientras el señor Luis Alfonso Cobo se desplazaba con su esposa por la vía que conducía a su casa, un grupo aproximado de 10 personas vestidas de uniforme militar y armadas instalaron un retén, situación que pudo ser advertida por los ocupantes del automóvil logrando acelerar el vehículo y escapar, no obstante que el automotor recibió varios impactos de bala. De esta situación se dice que fue informado el Coronel Lombana perteneciente a la Tercera Brigada.

Se manifestó que a pesar de que estos hechos fueron puestos en conocimiento de las autoridades, nunca les prestaron protección alguna.

El 17 de agosto de 1996 la residencia de la familia Cobo fue dinamitada, quienes por temor a un nuevo atentado se encontraban escondidos en otros sitios de la ciudad. En la zona, los subversivos habrían repartido un panfleto, según el cual juraron venganza contra la familia por planear el asesinato de Ricardo Ramazzoti, quien habría sido una de las personas que la Policía dio de baja en el operativo antes mencionado.

Se indicó que el 4 junio del año 1997, integrantes del Frente José María Becerra del ELN, se hicieron presentes en la finca y dinamitaron los restos de la construcción para conmemorar la muerte de Ricardo Ramazzoti y dejaron otros panfletos".

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia proferida el 12 de octubre de 2001, denegó las pretensiones de la demanda porque estimó que no se acreditaron los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado.

Expuso que si bien aparecía acreditado que en la zona donde residían los demandantes operaba el Frente José María Becerra y que estos fueron los autores del ataque contra una vivienda, lo cierto es que no se acreditó que tal inmueble fuere de propiedad de los actores.

Asimismo, indicó que no se había probado que los demandantes hubieren solicitado vigilancia y protección ante las autoridades competentes, con posterioridad al operativo que terminó dando de baja a los tres subversivos."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "AUTO DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 050012325000 199901063-01 (32988)	FECHA: 28/08/14
------------------------------------	--	--	---------------------------

PONENTE: Ramiro Pazos Guerrero **ACTOR:** Félix Antonio Zapata González y otros

DEMANDADO: Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la vida

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Decreto Ley 1250 de 1970; Ley 1579 de 2012.

TEMA PRINCIPAL: Artículo 26 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados; artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 86 del C.C.A; artículo 175 del C. P. C.; Ley 1448 de 2011.

TEMA COMPLEMENTARIO: Ejecuciones extrajudiciales. Desaparición forzada. Daño antijurídico: pautas fijadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la reparación del daño en casos de graves violaciones al derecho internacional humanitario.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Contra la anterior decisión, la parte demandante mediante escrito presentado el 6 de marzo de 2014 interpuso **recurso de apelación**, el cual fue sustentado dentro del término legal, esto es, el 1º de septiembre de 2006 (fls. 529- 548, c. p.), a fin de que se revocara la decisión y, en su lugar, se dictará fallo favorable a las súplicas de la demanda. Lo anterior con base en los siguientes argumentos:

Respecto a las pruebas testimoniales, señaló que los señores Jesús Arley Cartagena y Abel Antonio Usuga Quintero convergen en afirmar que las dos personas muertas y las dos desaparecidas fueron capturadas o retenidas por el Ejército Nacional, y no retornaron en el mismo estado de salud física y psicológica al seno de sus familias. Que la supuesta contradicción de las referidas declaraciones, según las cuales los testigos habían visto primero dos y después cuatro personas retenidas, se debe a que el segundo testigo está hablando de una información recibida y luego de lo que apreció de manera directa, situación que obedece a diferentes circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Tanto la prueba documental como los indicios no se tuvieron en cuenta por el *a quo*, toda vez que se apoyó exclusivamente en la providencia de segunda instancia proferida por la Procuraduría General de la Nación, trasladada al presente proceso, la cual tuvo un manejo inadecuado de pruebas.

Respecto de los protocolos médicos del Instituto de Medicina Legal que determinaron una distancia reducida de los impactos de fuego que presentaron los cadáveres de las víctimas, solamente fue tenido en cuenta lo sostenido por la procuraduría en el sentido de no haber sido posible determinar con exactitud esta circunstancia debido a una aparente contradicción que favoreció a los sindicatos, razón por la que dio por cierto que estos no se hicieron a una corta distancia; pese a que, de acuerdo a los diversos tratados de balística, los tatuajes de ahumamiento son causados por armas de fuego disparadas a distancias menores a las comprendidas entre cero metros y un metro cincuenta centímetros, pues de no ser así, no podría hablarse de ahumamiento o quemadura perteneciente al tatuaje; esto, aunado a que en los cuerpos de las víctimas se encontraron residuos de pólvora en la ropa, cerca de las heridas y alrededor de las mismas.

No se valoró que la única arma de dotación personal que se incautó era la portada por una menor de edad de aproximadamente 14 a 17 años. En efecto, resulta inconcebible que hombres al margen de la ley, mayores de edad, no porten armas de dotación oficial, sino solo de acompañamiento tales como granadas de mano, 19 cartuchos de fusil y un solo proveedor. Además, según la inspección judicial realizada por el Juzgado de Instrucción Penal Militar, las armas incautadas estaban en mal estado, ya que se encontraban corroídas, –no aptas para disparar, –proveedor dañado, y el radio teléfono sin funcionamiento por no poseer antena y tener una batería descargada. Luego, también resulta incongruente que tales personas pudieran animicamente enfrentarse a un grupo armado tan numeroso, a sabiendas del mal estado de su armamento, máxime cuando es un hecho notorio y público que los insurgentes por su *modus operandi* poseen armas sofisticadas como las de las fuerzas militares, y que, por las reglas de la experiencia, se infiere que los combatientes al margen de la ley mantienen en buen estado sus armas.

No se tuvo en cuenta la inexistencia de prueba respecto de la manipulación o disparado de armas por las personas dadas de baja. Los decesos de los señores Alberto Antonio Valle y Helidoro Zapata Montoya se dieron a causa de impactos de armas de alta velocidad y de detonación de granadas de mortero, lo cual desvirtúa categóricamente que los mismos portaran granadas de fragmentación, pues, de ser así, es sabido por la misma fuerza pública que aquellas hacen automática detonación debido a la fuerza cinética, al igual que no coincide con el tipo de heridas reportadas por Medicina Legal.

No se evaluó el posible ejercicio de defensa instintiva, conocido por las reglas de la experiencia, pues las víctimas se hubieren resguardado y/o al menos no hubieren presentado el exagerado número de impactos recibidos, como ocurre con los once impactos propinados sobre la humanidad de Helidoro Zapata Montoya.

En la queja ante la Procuraduría General de la Nación se aportaron los restos quemados de documentos de identidad y de ropas de las víctimas, lo cual no obedece a la excusa dada por los militares, de que la hoguera la hicieron para orientar al helicóptero, que llevó los cadáveres, ya que los militares usan métodos de navegación terrestre o, de lo contrario, no podían moverse en un terreno desconocido. De igual manera, los documentos de identidad de un subversivo son la mejor prueba de la persona que fue ultimado para informar a la unidad militar y a los medios de comunicación.

Las heridas en muñecas y tobillo que tenía el cuerpo del menor Luis Carlos Torres, uno de los cuatro occisos presentados como guerrilleros –N.N. dados de baja en combate, constituyen claras acciones de tortura (necropsia n.º 97-176) y no se puede predicar que haya sido resultado de actos accidentales de combate.

Cuando se hizo la necropsia había transcurrido aproximadamente 12 horas, según información de los uniformados en el proceso disciplinario, quienes afirmaron que el contacto armado ocurrió en la mañana y las necropsias iniciaron entre las 7:15 pm y 9:00 pm, de ese mismo día. Esto indica que las víctimas fueron ultimadas no el día en que los militares afirman, es decir, en horas de la mañana del 28 de marzo de 1997, sino el 27 de marzo, día de su desaparecimiento.

En los hechos, resultaron muertos Heliodoro Zapata Montoya, que salió de su casa, y Alberto Valle, que fue a buscarlo, de donde se colige que las cuatro personas en realidad se encontraban juntas, y fueron retenidas por los agentes estatales.

El *a quo* desconoció la jurisprudencia relativa al *ius cogens* y la decantada jurisprudencia nacional, pues solo se apoyó en el principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del C. P. C., con lo que soslayó la imposibilidad de los demandantes de allegar otras pruebas, máxime cuando es el Estado (entes investigativos y fuerza pública) quien está en la obligación de su recolección.

El *a quo* señaló que no se aportó la providencia por medio de la cual se declaró la muerte presunta por desaparición forzada de los señores José Elías Zapata Montoya y Félix Antonio Valle; empero, a juicio del recurrente, las retenciones de las personas se encuentran acreditadas con las declaraciones de Jesús Arley Cartagena y Abel Antonio Usuga Quintero, quienes presenciaron en tiempos reales y distintos, la retención de dichas personas, respecto de quienes el tribunal de primera instancia desconoció la retención, muerte y desaparición. Igualmente, echó de menos los registros civiles de defunción, los cuales no se levantaron por las autoridades competentes, mientras los familiares salieron desplazados a la ciudad de Medellín.

En virtud de lo anterior, el actor solicitó, ante el sin número de indicios graves no tenidos en cuenta y la imposibilidad de recolección de algunas pruebas que se encontraban en manos de la demandada, revocar la sentencia de primera instancia proferida por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia y, en su lugar, declarar responsable a la Nación en los términos descritos en la demanda."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Considera la Sala que la acción de reparación directa instaurada (art. 86, C. C. A.) es la procedente, toda vez que por esta vía se pretende el resarcimiento patrimonial del presunto daño irrogado a la parte actora derivado de las supuestas ejecuciones extrajudiciales de los señores Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle, y las desapariciones forzadas de los señores José Elías Zapata Montoya y Félix Antonio Valle Ramírez, ocurridas entre los días 27 y 28 de marzo de 1997 en la vereda Las Nieves del corregimiento de San José de Apartado (Antioquia), el cual se le imputa a la entidad demandada.

[...]

El ordenamiento jurídico consagra la figura de la caducidad como una sanción por el no ejercicio oportuno de las acciones judiciales, para lo cual la ley establece taxativamente unos términos dentro de los cuales el interesado tendrá la carga de promover el litigio a través de demanda. Si el recurso judicial se ejerce por fuera de este lapso temporal, aquel perderá la posibilidad de hacer efectivo el derecho sustancial que intenta deprecar ante la administración de justicia. En ese orden de ideas, el numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en lo relativo a la acción de reparación directa, instituye un término de dos años para que sea impetrada, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente), vencido el cual ya no será posible solicitar que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado.

(...)

En la gran mayoría de casos, las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario en Colombia, cometidas en el marco del conflicto armado interno, han acaecido en zonas alejadas de los grandes centros urbanos y en contextos de impunidad. Lo anterior ha producido que las víctimas, como sujetos de debilidad manifiesta, queden en muchos casos en la imposibilidad fáctica de acreditar estas afrentas a su dignidad humana. Más aun, cuando no se ha llevado una investigación seria por parte de las autoridades competentes, como en este caso, lo cual se traduce en una expresa denegación de justicia.

Por tal razón, el juez administrativo, consciente de esa inexorable realidad, deberá acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas.

Lo anterior resulta razonable y justificado, ya que en graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se rompe el principio de la dogmática jurídico procesal tradicional según el cual las partes acceden al proceso en igualdad de condiciones y armas, pues en estos eventos las víctimas quedan en una relación diametralmente asimétrica de cara a la prueba; estas circunstancias imponen al juez de daños la necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios.

(...)

El daño es el presupuesto principal de la responsabilidad extracontractual del Estado el cual exige para ser resarcido, desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva, *(i)* una conducta que constituya una infracción a la norma que tutela un interés legítimo y *(ii)* el menoscabo o detrimento de un derecho patrimonial o extrapatrimonial de una persona afectada que no tiene la obligación de soportarlo, por no existir causas jurídicas que así lo justifiquen.

Para que un daño sea indemnizable, es indispensable verificar ex ante la configuración de los elementos que lo estructuran, es decir, que sea cierto, actual, real, determinado o determinable, anormal y protegido jurídicamente. En síntesis, estos elementos parten de la premisa según la cual, la antijuridicidad del daño no se concreta solo con la verificación de la lesión de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos derivados de la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial, los cuales son injustamente padecidos por la víctima.

Al respecto, el precedente constitucional ha sostenido que la responsabilidad estatal se justifica por el hecho de que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar el daño, pues es el mismo Estado el que tiene el mandato de preservar los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración.

En otras palabras, desde una perspectiva constitucional y siguiendo lo sostenido por la doctrina, si bien existen vínculos sustanciales o primarios para todo el poder público representados por los derechos subjetivos, esto es, un sistema de deberes consistentes en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión, también existen vínculos secundarios, lugar donde se alberga la cláusula de responsabilidad estatal como una garantía de reparación, la cual opera en caso de que los vínculos sustanciales sean violados por la acción u omisión del Estado. Así las cosas, el instituto de la responsabilidad es una garantía de rango constitucional que vela por la dignidad del ser humano, y *–se sitúa en lo más alto de las fuentes positivas que disciplinan las relaciones del Estado con el hombre: el Estado no se ha hecho a sí mismo, no es fruto de su propia voluntad, sino que ha sido creado por los hombres, en su deseo de vivir con dignidad y seguridad*⁸.

(...)

Las autoridades del Estado tienen la obligación erga omnes de cumplir los diferentes tratados en materia de derecho internacional público, entre otros, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, ya que sus contenidos convergen para tutelar la dignidad de la persona humana, como objeto y fin del derecho internacional, con claras incidencias en el nivel interno.

En efecto, el Estado debe organizar todo el poder público en el ámbito legislativo, ejecutivo y judicial a efectos de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, adecuar el ordenamiento jurídico interno a estos lineamientos y respetar los límites impuestos por las normas humanitarias en situaciones de conflicto armado interno.

Lo anterior, porque las obligaciones internacionales vinculan a las autoridades del Estado colombiano a cumplir lo pactado de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, por tal razón, los deberes funcionales impuestos desde el ámbito del derecho internacional público, son plenamente exigibles en virtud de la integración normativa a través del bloque de constitucionalidad.

(...)

En suma, el Derecho Internacional de Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el derecho constitucional, imponen claras obligaciones que proscriben conductas relacionadas a ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas ya que, por un lado, constituyen graves violaciones a los derechos humanos a la vida, integridad personal, libertad de circulación, familia, entre otros, y, por otro, son serias infracciones a mínimos humanitarios en situaciones de conflicto armado interno.

No obstante, es importante señalar que una vez consumada alguna de tales infracciones, el Estado deberá garantizar el acceso a la administración de justicia, en el marco del debido proceso y el juez natural, para que las víctimas accedan a sus derechos fundamentales a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, pues es claro que el Estado deberá investigar seriamente, sancionar adecuadamente y reparar integralmente los daños irrogados a las personas sujetas a su jurisdicción, máxime cuando se encuentren en situación de debilidad manifiesta, como las víctimas del conflicto armado interno.

Ahora bien, estas obligaciones internacionales, de estricto cumplimiento y de aplicación directa, son plenamente aplicables al juicio interno de responsabilidad estatal, habida cuenta que el juez contencioso administrativo se encuentra vinculado a un estricto control de convencionalidad, como se pasa a estudiar.

(...)

Así pues, un efecto muy importante de la incorporación al orden interno de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario es la ampliación de las fuentes normativas del juicio de responsabilidad estatal, de tal manera que la garantía patrimonial del Estado frente a los daños antijurídicos que le son imputables comprenden, además de las obligaciones del ordenamiento jurídico interno, el cumplimiento de las obligaciones convencionales, situación que lleva sobre todo a redefinir las fronteras del título jurídico de imputación de falla del servicio, es decir, estos parámetros así como permiten identificar un complejo de obligaciones internacionales vinculantes a cargo del Estado, también se encaminan a organizar un sistema normativo integral a partir del cual se deriva un reproche estatal.

(...)

De esta manera, a pesar de que existen diferencias entre el sistema de responsabilidad internacional del Estado en derechos humanos y el sistema de responsabilidad contencioso administrativo interno, hay intersecciones axiológicas comunes, ya que la jurisdicción contencioso administrativa se erige, ante todo, en juez de derechos humanos para proteger a todas las personas frente a los daños antijurídicos que sean imputables al Estado.

Por consiguiente, pese a que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos son subsidiarios respecto de los nacionales, el juez contencioso administrativo, en aras de amparar in extenso a una víctima de un conflicto armado, debe incorporar en su interpretación y aplicar directamente estándares desarrollados por organismos internacionales de protección de derechos humanos, con el fin de analizar la conducta del Estado y sus agentes a la luz de las obligaciones internacionales y nacionales.

De acuerdo con lo anterior, el Ejército Nacional al haber privado a los ciudadanos de la libertad, tenía una clara posición de garante, y se le atribuye cualquier resultado dañoso causado por su acción, por cuanto voluntariamente infringió sus funciones en la prevención o evitación del resultado dañoso. La posición de garante institucionaliza en sí un vínculo positivo o negativo entre el Estado y el ciudadano-retenido, de tal modo que de conformidad con el estándar de diligencia funcional asignado por el ordenamiento jurídico, el ciudadano-retenido tiene expectativas normativas legítimas frente al cumplimiento de los deberes de la administración, esto es, interdicciones de lesión. En otras palabras, el encargo normativo de respetar y garantizar la vida, es una expectativa real a favor de los ciudadanos-retenidos que posibilita la imputación de responsabilidad en cabeza de este, cuando renuncia voluntariamente a las obligaciones asignadas por el ordenamiento jurídico y decide quebrantarlas.

Se recuerda que desde el punto de vista conceptual existen categorías de fundamentación de deberes funcionales positivos y negativos en la posición de garante, que de conformidad con lo estudiado por la doctrina, se pueden sintetizar de la siguiente manera: *i) Deberes de aseguramiento* o competencias por organización, resultan de la relación entre la esfera del deber de guarda y la responsabilidad derivada de la infracción a ese deber, en otras palabras,

aqueellos deberes que reclaman una adecuada administración de la esfera propia para que los derechos ajenos no resulten vulnerados; en suma, se pueden lesionar bienes jurídicos tutelados si no se controla o neutraliza la fuente de riesgos que pueden causar daños en actividades tales como la conducción de automóviles, la manipulación de armas de fuego, la tenencia de un perro peligroso, etc.; *ii) Deberes de salvamento*. Surgen cuando por medio de una conducta ya ejecutada se ha generado un riesgo para los bienes jurídicos de terceras personas y por tanto, existe un deber de injerencia, es decir, un deber de intervención, protección o salvamento; así pues, toda persona natural o jurídica puede crear riesgos, por ejemplo, quien desea construir una casa y, en ejecución de la misma, configura una fuente potencialmente peligrosa para terceras personas, tiene la obligación entonces de tomar todas las medidas necesarias para controlar la fuente de peligro, instalando mallas para evitar la caída libre de objetos de construcción, asegurando el acceso y sendero peatonales, etc., lo mismo pasa cuando una persona abre una zanja al frente de su casa para realizar reparaciones, tiene la obligación de adoptar medidas de seguridad, señalización y advertencia, o dejar encendida la luz durante la noche para que los transeúntes no resulten lesionados; *iii) Deberes por asunción del riesgo*. Se presentan cuando se asumen voluntariamente deberes de protección adicionales ante un peligro potencial ya existente o programado, de tal manera que deben ejecutarse prestaciones muy precisas para la compensación de la nueva situación de seguridad para el bien jurídico; así pues, quien asume el control de una fuente de peligro, tiene el deber de asegurar que ese peligro no exceda el riesgo permitido; *iv) Deberes o garantías institucionales*. Son modelos de relaciones jurídicas en las que participan instituciones como lo son el Estado o la familia, y se construyen sobre expectativas normativas legítimas de las personas o administrados. Por ejemplo, el Estado tiene una especial posición de deber a través de la fuerza pública y cuerpos de seguridad estatal, respecto de una persona sobre la cual recaen notas o amenazas intimidatorias que pueden vulnerar los derechos fundamentales a la vida y a la seguridad personal; o cuando integrantes de la fuerza pública retienen a un ciudadano, les asiste la obligación de preservarle la vida y que no será sometido ni a torturas ni a maltratos humillantes.

(...)

Estos antecedentes establecidos por organismos internacionales revisten de la mayor importancia para esta Sala, ya que los daños ocasionados en operativos militares y policiales a las víctimas del conflicto armado por conductas censurables de agentes del Estado, como lo son la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales de civiles presentados como bajas en combate, no guardan un vínculo –próximo y directo– con el servicio e implica una violación al derecho internacional de los derechos humanos y al DIH, y, por ende, no están cubiertos por una jurisdicción especial, la cual es una excepción en los Estados constitucionales, democráticos y de derecho. En consecuencia, los daños provenientes de estas conductas reprochables deben ser indemnizados por la jurisdicción interna, antes de someter a las víctimas del conflicto armado a la fatigosa carga de reclamar una reparación integral en los tribunales internacionales.

(...)

Perjuicios morales

En aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar *ex ante*: (a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado.

(...)

No obstante, frente a esta pretensión, precisa la Sala que la jurisprudencia de esta Sección abandonó el criterio de remisión al oro, de manera que en la actualidad las indemnizaciones se fijan en moneda legal colombiana y *su cuántum* se determina por el juzgador, en cada caso. Al respecto, la Sala Plena de la Sección Tercera en sentencias de la presente fecha unificó los topes indemnizatorios en materia de reparación de perjuicios morales hasta 100 smlmv en casos de muerte en los eventos allí descritos.

Sin embargo, la Sala precisa, con fines de unificación jurisprudencial, que en casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en los eventos descritos en la sentencia de unificación antes citada, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios fijados en dicha sentencia. Este *cuántum* deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

La Sala advierte que esta regla de excepción no contradice la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 25 de septiembre del 2013, pues esta unificó la jurisprudencia en relación con el tope indemnizatorio de los perjuicios morales en escenarios en los que el daño antijurídico imputable al Estado tiene su origen en una conducta punible de un agente estatal, investigada, sancionada penalmente y contenida en una sentencia ejecutoriada. La Sala considera en el caso *sub judice* que debido al nexo de parentesco que existía entre las víctimas Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle (fallecidos), y José Elías Zapata Montoya y Félix Antonio Valle Ramírez (desaparecidos), con los hoy accionantes, se infiere que su ejecución sumaria y desaparición forzada implicó para estos una grave aflicción, congoja y dolor tal como quedó acreditado con los diferentes testimonios (V. párrs. 8.23 y 8.24).

Así las cosas, teniendo en cuenta que en el caso *sub judice* se presenta el perjuicio en su mayor intensidad –desaparición forzada y ejecución extrajudicial–, sin que exista sentencia penal ejecutoriada por estos hechos, cuyo daño es producto de una grave violación a derechos humanos imputable al Estado, habrá lugar a aplicar la regla de excepción contemplada por esta sentencia y reconocer a título de daño moral los montos de compensación que se establecen a continuación, para cada uno de los demandantes, previa la siguiente consideración:

Tal como se precisó en el acápite 8.1 de esta sentencia, a los actores Raúl Antonio Montoya Ramírez y María Gislina Ramírez Ramírez, se les reconoce su condición de damnificados, pues según las pruebas se encontraban unidos por estrechos lazos afectivos, de solidaridad y cercanía con Heliodoro (fallecido) y José Elías Zapata Montoya (desaparecido), por lo cual los graves hechos que se perpetraron en contra de ellos, les produjeron una gran congoja

y sufrimiento. Por lo anterior, se justifica ubicarlos no en el nivel n.º 5 que comprende a los terceros damnificados, sino en el nivel n.º 2, "donde se ubica la relación afectiva propia del 2º de *consanguinidad o civil* (*abuelos, hermanos y nietos*)" de que trata la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2014"

FUENTES: Artículo 26 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados; artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 86 del C. C. A.; artículo 175 del C. P. C.; Ley 1448 de 2011.

DECISIÓN:

"PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Antioquia el 9 de diciembre de 2005 por medio de la cual se denegaron en primera instancia las pretensiones de la demanda. En su lugar, se dispone lo siguiente:

PRIMERO. DECLÁRASE a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional responsable por los daños antijurídicos producidos con ocasión del homicidio de los señores Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle, y la desaparición forzada de José Elías Zapata Montoya y Félix Antonio Valle Ramírez, en hechos ocurridos el 27 y 28 de marzo de 1997 en la vereda Las Nieves del Corregimiento de San José de Apartadó, municipio de Apartadó, Antioquia.

SEGUNDO. En consecuencia de lo anterior, CONDÉNASE a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a pagar a los demandantes, como indemnización de perjuicios, las sumas de dinero que se mencionan en los siguientes acápite.

[...]"

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"1. El 27 de marzo de 1997 –jueves santo–, los jóvenes Heliodoro Zapata Montoya y Félix Antonio Valle Ramírez salieron aproximadamente a las 9:00 a. m. de su finca ubicada en la vereda Las Nieves del Corregimiento de San José de Apartadó, Antioquia, y se dirigieron a otra finca ubicada en esa vereda a traer unos cocos para una natilla que iban a preparar con su familia. En horas de la tarde y en vista de que aún no regresaban, los señores Alberto Valle y José Elías Zapata salieron a buscarlos, pero no regresaron tampoco. Al día siguiente, a las 5:30 am, varios familiares salieron en su búsqueda y se encontraron con miembros del Ejército Nacional quienes les dijeron que se alejaran del lugar, ya que había una difícil situación de orden público, razón por la cual volvieron a sus casas. Ese mismo día, vecinos del sector les comunicaron que vieron pasar una patrulla del Ejército que llevaban a Heliodoro y José Elías Zapata Montoya, Félix Antonio Valle Ramírez y Alberto Antonio Valle.

2. El sábado 29 de marzo del referido año, los familiares de los ausentes madrugaron al lugar donde hubo el presunto enfrentamiento armado entre militares y guerrilleros, y encontraron ropas y documentos de Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle. En razón de lo anterior, se dirigieron al hospital de Apartadó en donde les mostraron fotografías de cuatro personas muertas que fueron reportadas por el Ejército Nacional como "*guerrilleros NN*" dados de baja en combate, entre las que se encontraban Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle.

3. El señor Félix Antonio Zapata González denunció ante la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación la muerte de su hijo Heliodoro Zapata Montoya y de su yerno Alberto Antonio Valle a manos de efectivos del Ejército Nacional, quienes reportaron sus muertes como "guerrilleros NN" dados de baja en combate, relacionados con una cuadrilla de las FARC, y la desaparición forzada de José Elías Zapata Montoya y Félix Antonio Valle, quienes fueron vistos por última vez camuflados en una patrulla del Ejército Nacional.

4. El señor Félix Antonio Zapata González vivía con toda su familia en una finca de su propiedad, ubicada en la vereda Las Nieves del corregimiento de San José de Apartadó, Antioquia, donde se dedicaba, al igual que los señores Heliodoro Zapata Montoya –occiso–, José Elías Zapata Montoya –desaparecido–, Félix Antonio Valle Ramírez – desaparecido– y Alberto Antonio Valle –occiso–, a labores de agricultura."

DECISIÓN:

"Surtido el trámite de rigor, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia de primer grado el 9 de diciembre de 2005, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda. Lo anterior con fundamento en lo siguiente: *i)* no se demostró que la demandada hubiese retenido a los señores Heliodoro y José Elías Zapata Montoya, Alberto Antonio Valle y Félix Antonio Valle Ramírez para desaparecerlos y asesinarlos; *ii)* la parte actora no acreditó lo afirmado en los hechos de la demanda, de conformidad con el principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del C. P. C.; *iii)* el demandante no desvirtuó el hecho de que el Ejército informó sobre un enfrentamiento sostenido con un grupo guerrillero en el cual resultaron muertas cuatro personas integrantes de dicho grupo a las que se les incautaron armas, granadas, radios de comunicación, municiones y que se encontraban cerca de un campamento de subversivos; y *iv)* las pruebas allegadas al proceso no permiten deducir que la actuación del Ejército Nacional guardó un estrecho nexo de causalidad con el daño antijurídico padecido por la parte actora. En conclusión, consideró que bajo estos presupuestos no era posible imputarle responsabilidad a la demandada, pues no existían suficientes elementos de juicio que condujeran a establecer dicha responsabilidad en cabeza de la entidad demandada."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "AUTO DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 73001-23-31-0002001-00418-01 (27.709)	FECHA: 28/08/2014
------------------------------------	--	---	-----------------------------

PONENTE: Carlos Alberto Zambrano Barrera **ACTOR:** Adriana Cortés Pérez y otras

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la vida: reparación del daño moral.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil y artículo 414 del Código de Procedimiento Penal.

TEMA PRINCIPAL: Perjuicios morales: unificación en materia de reparación del daño moral en caso de muerte.

TEMA COMPLEMENTARIO: Reparación del daño moral en caso de muerte: reglas generales de indemnización. Configuración del perjuicio material.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Las razones de su disenso se contrajeron a señalar que la falla del servicio en este asunto es evidente, en la medida en que:

1. El Comandante de Policía del Departamento del Tolima: i) tenía pleno conocimiento del ataque que iba a perpetrar un grupo insurgente en el municipio de Roncesvalles; sin embargo, "... *no tomó las medidas necesarias de seguridad y prevención y por esta omisión expuso tanto a la misma comunidad, como a los Agentes (sic) y patrulleros*" y ii) *no puso en marcha – a tiempo sino luego de 27 horas de combate– el "Plan de Apoyo de Unidades Vecinas"*, el cual comprende un plan táctico y logístico para enfrentar al enemigo y consiste en el desplazamiento de tropas –vía terrestre y aérea– para reforzar el pie de fuerza.

2. El patrullero de la policía Ñustes Pérez no recibió cursos de reentrenamiento de tácticas logísticas de lucha contraguerrillas, incluso, nunca recibió curso alguno para tal efecto, lo cual hubiera sido posible de corroborar si la demandada hubiera enviado la hoja de vida del referido patrullero, lo cual no hizo, pese a los requerimientos para tal fin.

3. No se aprovisionó al cuartel de policía de Roncesvalles del material de guerra necesario para repeler el ataque y no se obtuvo el apoyo terrestre y aéreo requerido luego de que se presentara el ataque”.

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

“Para la Sala y conforme a los planteamientos hechos por esta Corporación en la sentencia transcrita en precedencia, las aseveraciones contenidas en los referidos informes periodísticos no son demostrativas de los hechos que se pretenden hacer valer a través de su aportación, en la medida en que sólo dan fe de la existencia de una nota periodística y lo que allí se dijo no cuenta con otro elemento de convicción que lo respalde, de suerte que no pueden constituir prueba directa de los supuestos que se narran o describen.

(...)

Ahora, para establecer la responsabilidad del Estado, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Sección ha definido que quienes ejercen funciones relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como militares voluntarios o profesionales, asumen los riesgos inherentes a esa actividad, por lo cual están cubiertos por el sistema de la indemnización predeterminada o automática (*a forfait*), establecida en las normas laborales para los accidentes de trabajo; sin embargo, habrá lugar a la reparación plena o integral de los perjuicios causados, cuando dicho daño se haya producido por falla del servicio, cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros, porque en tales eventos se vulnera el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

(...)

A fin de que en lo sucesivo, se indemnicen de manera semejante los perjuicios morales reclamados por la muerte de una persona, como en el presente caso, la Sala, a manera de complemento de lo decidido en la sentencia mencionada en el párrafo que antecede, decide unificar su jurisprudencia sobre el particular, a partir del establecimiento de cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño o causante y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas; así:

Nivel 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 smlmv.

Nivel 2. Se refiere a la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (hermanos, abuelos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel 3. Abarca la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relación afectiva conyugal y paterno - filial	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 3er de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relación afectiva no familiar (terceros damnificados)
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5, deberá ser probada la relación afectiva.

(...)

En la demanda se solicitó el **lucro cesante consolidado y el futuro**, a que tiene derecho la madre de la víctima, en la suma de \$100.939.583.37.

Al respecto, se debe precisar que la Sala ha reconocido esta modalidad de daño material cuando lo solicita un padre de familia con ocasión de la muerte de un hijo; sin embargo, ha dicho que esa indemnización solo es procedente hasta cuando la víctima hubiera alcanzado la edad de 25 años, pues se supone que, a partir de ese momento de la vida, esta decide formar su propio hogar. A pesar de lo anterior, si el padre acredita que dependía económicamente de su hijo por la imposibilidad de trabajar, dicha indemnización puede calcularse hasta la vida probable del padre".

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 9 de junio de 2005 y 8 de agosto de 2002, Exp.: 15129 y 10.952.

DECISIÓN:

"REVÓCASE la sentencia del 13 de abril de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia; en consecuencia, se dispone:

PRIMERO. DECLÁRASE responsable a la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional-, por la muerte de Óscar Mauricio Ñustes Pérez, en hechos ocurridos el 15 de julio de 2000, en el municipio de Roncesvalles (Tolima).

SEGUNDO. UNIFÍCASE la jurisprudencia de la Sala, en cuanto a la reparación de los perjuicios inmateriales, concretamente sobre el perjuicio moral en caso de muerte; en consecuencia, CONDÉNASE a la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional a pagar, a las personas que a continuación se relacionan, las siguientes sumas de dinero, por concepto de perjuicios morales:

Rosa María Pérez Rodríguez	(madre)	100 smlmv
Adriana Cortés Pérez	(hermana)	50 smlmv
Ivon Lizeth Trujillo Pérez	(hermana)	50 smlmv

El valor del salario mínimo legal mensual será el vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

TERCERO. CONDÉNASE a la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional- a pagar, la suma de \$61.015.911.29, a favor de Rosa María Pérez Rodríguez, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante consolidado.

CUARTO. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. Para el cumplimiento del fallo se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 177 y 178 del C. C. A.

SEXTO. ABSTIÉNESE de condenar en costas”.

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

“El 9 de febrero de 2001, las actoras, en ejercicio de la acción de reparación directa y por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional, con la finalidad de obtener la declaratoria de responsabilidad de la parte demandada y la consecuencial condena al pago de la totalidad de daños y perjuicios que, afirman, les fueron irrogados con ocasión de la muerte del patrullero de la Policía Óscar Mauricio Ñustes Pérez, ocurrida el 14 de julio de 2000 durante la toma guerrillera perpetrada en el municipio de Roncesvalles (Tolima).

Se solicitó que, en consecuencia, se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales, la cantidad equivalente en pesos al valor de 5.000 gramos oro para la madre de la víctima y 2.500 gramos oro para cada una de las hermanas; asimismo, se solicitó el reconocimiento de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a que tiene derecho la demandante Rosa María Pérez Rodríguez, los cuales fueron estimados en \$100.939.583.37.

En apoyo de sus pretensiones, las actoras relataron, en síntesis, que a través de los informes periodísticos y del informativo rendido por el Comandante de Policía del Tolima se dio a conocer a la opinión pública la incursión guerrillera perpetrada el 14 de julio de 2000 contra Roncesvalles (Tolima), en la cual los insurgentes atacaron la estación de policía del municipio y asesinaron a los 13 policías que se encontraban acantonados en el lugar, quienes fueron ultimados sin misericordia.

Los medios de comunicación también informaron sobre la polémica que se suscitó en la “Comisión de Relaciones Internacionales de la Cámara de los Estados Unidos”, cuando ese organismo afirmó que los trece policías se habrían salvado si la fuerza pública hubiera empleado los helicópteros “Black Haws” donados por el gobierno de los Estados Unidos, pues los mismos estaban ubicados a 20 minutos de la población de Roncesvalles, afirmaciones frente a las cuales el Director de la época de la Policía Nacional señaló que esas aeronaves no fueron utilizadas, por cuanto no estaban autorizadas para sobrevolar de noche.

Para las demandantes, de los hechos descritos queda claro que “... nos encontramos frente a la figura jurídica de Responsabilidad (sic) civil por la falla del servicio por omisión, por que (sic) la Policía (sic) Nacional, en primera medida, tenía la obligación de darles un curso de reentrenamiento, antes de trasladar a los agentes de policía (sic) al municipio de Roncesvalles (Tolima) por ser zona guerrillera y para el caso del patrullero Óscar Mauricio Nústes (sic) Pérez (q. e. p. d.) no recibió curso de reentrenamiento de tácticas y estrategias logísticas de polígono en combate de contraguerrillas, sabiendas que el señor Comandante de Policía del Departamento del Tolima ... tenía conocimiento (sic) que en ese municipio operan los frentes 21 y 50 de las Farc y que esos frentes lo (sic) integran 200 guerrilleros ... lo que de entrada estaba poniendo en desventaja y peligro la vida de los uniformados. En segundo lugar, a pesar de no haberles dado el reentrenamiento previo, una vez enfrentados los combates “... la Policía (sic) Nacional no les prestó ayuda aérea ni terrestre y mucho menos los reaprovisionó de material de guerra para repeler la incursión guerrillera, pero eso no es todo, lo más injusto aún es, (sic) que dentro de los deberes y obligaciones que tiene la policía de ayudar y auxiliar a otra tropa llámase base, estación o cuartel de policía (sic) que se encuentre en combate, función que se encuentra prevista dentro del reglamento policial, denominado como Plan Operativo de Apoyo Policial de Unidades Vecinas, que para el caso sub – examine no se ejecutó a tiempo sino después de veintisiete horas se puso en marcha cuando era demasiado tarde cuando sus miembros habían sido dejados (sic) abandonados por parte de la policía (sic) y a la postre para que fueran asesinados vilmente por los insurgentes, lo que demuestra **la negligencia e inoperancia de reacción de la fuerza pública y concomitantemente (sic) se desprende la falla del servicio por omisión de apoyo**”.

2. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 20 de marzo de 2001 y, una vez notificada en debida forma, fue contestada por el apoderado de la demandada, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias, para lo cual sostuvo que “De las pruebas que se alleguen al proceso se podrá determinar si hubo o no responsabilidad de la Administración, examinando las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, pues la sola afirmación en la demanda no es prueba fehaciente para dar por sentada la responsabilidad de la Policía Nacional”.

3. Vencido el período probatorio, el cual fue abierto en auto del 10 de octubre de 2001, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para rendir concepto.

En esta oportunidad, la parte demandada concluyó que la actuación desplegada por la Policía Nacional no puede calificarse como omisiva, pues, una vez tuvo conocimiento del ataque guerrillero, envió el apoyo constante por conducto de las aeronaves de la Fuerza Aérea y de los helicópteros artillados del Comando Aéreo Táctico de Melgar, los que prestaron colaboración hasta cuando las condiciones meteorológicas lo permitieron y, también desplazó una unidad de reacción rural desde Ibagué, con el fin de prestar apoyo a los agentes de policía en el municipio de Roncesvalles (Tolima).

Precisó que, el ejercicio de la actividad militar conlleva riesgos propios que deben asumir quienes se vinculan a ella de manera voluntaria, riesgos que se maximizan cuando se trata del control de ciertas zonas del país, en donde los grupos subversivos han hecho presencia de manera importante; además, señaló que los riesgos a los cuales se sometió a la víctima no desbordaron la igualdad frente a las cargas públicas, toda vez que, por su condición de agente del Estado, se le sustrajo del plano de la igualdad en relación con los demás asociados y se puso en condiciones de igualdad con los otros miembros de la institución, quienes estaban sometidos al mismo riesgo de perder la vida en desarrollo de la prestación del servicio.

La parte demandante sostuvo que la falla que se predica de la administración se configuró, incluso, antes de que la víctima fuera trasladada a la población de Roncesvalles, pues el Comandante de Policía del Tolima tenía pleno conocimiento de que en ese municipio operaban frentes guerrilleros de gran potencial, por lo cual debió disponer de cursos de reentrenamiento táctico, logístico y de manejo de nuevas tecnologías y estrategias para el combate, lo cual no ocurrió.

Según la parte actora, el Comandante conocía de las amenazas contra la población civil y sabía que se iba a producir una toma guerrillera; sin embargo, nunca tomó las medidas necesarias para evitar el ataque o para reaccionar, con mayor capacidad, ante el accionar del enemigo.

El Ministerio Público no emitió concepto”.

DECISIÓN:

“En sentencia del 13 de abril de 2004, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda”.

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “AUTO DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 25000-23-26-000-2000-00340-01(28832)	FECHA: 28/08/2014
PONENTE: Danilo Rojas Betancourth		ACTOR: Andreas Erich Sholten	
DEMANDADO: Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho - Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la salud: reparación por lesiones temporales.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia; artículo 169 del C. C. A.; artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

TEMA PRINCIPAL: Indemnización del daño a la salud por lesiones temporales.

TEMA COMPLEMENTARIO: Valor probatorio de las fotografías. Valor probatorio de los artículos periodísticos. Valor probatorio de las copias auténticas. Valor probatorio de las facturas. Tasación del daño a la salud. Medidas no pecuniarias de reparación integral.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"5. Contra la sentencia de primera instancia, las partes interpusieron oportunamente **recurso de apelación**

5.1. El apoderado del actor señaló que, aunque comparte varias de las consideraciones de la sentencia de primera instancia, no entiende las razones por las cuales sólo accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Sustentó su inconformidad en los siguientes motivos:

5.1.1. Al momento de ser detenido, el señor Sholten se encontraba en condiciones físicas de discapacidad pero no de enfermedad, tan es así que emprendió el viaje de Alemania a Colombia.

5.1.2. La causa de la enfermedad del señor Sholten fue, sin duda, el haber desconocido su necesidad imperiosa de un baño especial. De hecho, fue precisamente con el objetivo de evitar necesitarlo que se negó a consumir alimentos, razón por la cual su actitud no puede considerarse como caprichosa.

5.1.3. Está claro que la causa de los traslados fue la incapacidad de los diferentes centros penitenciarios para brindarle al señor Sholten las condiciones necesarias para su estado.

5.14. No es cierto que el hecho de que se haya negado a aceptar intervenciones quirúrgicas afectó el estado de salud del detenido, pues estas tenían por objeto trasplantes y otras cirugías reconstructivas que se propusieron luego de que se hubiere tratado la parte más crítica de la infección y de que se le hubieren amputado varios órganos. Además, la negativa del señor Sholten estaba plenamente fundada en la medida en que *"las camas en donde se le mantenía y el personal de enfermería que lo atendía no era especializado en personas parapléjicas"*, contrario a lo que ocurría en su país a donde él tenía la esperanza de ser trasladado para terminar de cumplir su condena. Ello sin mencionar que él tenía la posibilidad de decidir dónde y cuándo someterse a las intervenciones quirúrgicas que constituyen parte de la reparación del daño causado, lo cual no atenúa o exime de responsabilidad a la administración penitenciaria.

5.15. El *a quo* no se pronunció frente al perjuicio fisiológico solicitado y cuya causación fue suficientemente acreditada en el expediente.

5.16. Los daños causados al señor Sholten deben ser indemnizados plenamente ya que, cuando fue recluido, se encontraba en buenas condiciones de salud y, según la jurisprudencia, *"la administración tiene la obligación de devolver al detenido, en el momento en que recupera su libertad, en el mismo estado de salud que tenía cuando lo recluyó"*.

5.17. Resulta obvio que, al estar detenido, el señor Sholten no podía comprar sus propios medicamentos, razón que explica el que algunas de las facturas aportadas no estén a su nombre. *"Además, otras facturas ni siquiera tienen nombre pero fueron aportadas al proceso oportunamente, corresponden a gastos incurridos por el detenido y no fueron objetadas o tachadas de falsas en su oportunidad por la parte demandada"*. Finalmente, hay otras que sí lo están, sin embargo, no fueron consideradas, lo cual demuestra la falta de profundidad del análisis que, sobre el particular, hizo el *a quo*.

5.18. La situación vivida por el recluso *"amerita un pronunciamiento judicial (...) a título de sanción ejemplarizante para que conductas graves, inhumanas y vergonzosas como la vivida por mi representado, no se vuelvan a repetir"*.

5.2. La apoderada del INPEC solicitó que se revocara la sentencia condenatoria toda vez que, por una parte, no hubo falla del servicio y, por otra, las infecciones padecidas por el señor Sholten fueron producto de su actitud al no querer recibir la atención ofrecida.

5.2.1. Insistió en que, según está acreditado en el expediente, el detenido siempre recibió atención médica y añadió que, según se infiere de los medios probatorios obrantes en el plenario, la Fiscalía General de la Nación se abstuvo de abrir investigación penal al observar la adecuada atención médica dada al recluso. Además, la sentencia condenatoria fue explícita al señalar que el recluso *"no presenta grave enfermedad incompatible con el régimen carcelario bajo los efectos y parámetros de los artículos 407 y 57 del C.P.P."*.

5.2.2. Concluyó que está demostrado que se configuró la causal eximente de responsabilidad del hecho exclusivo de la víctima, la cual opera incluso cuando se aplican regímenes objetivos de responsabilidad."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

9.1. Las fotografías aportadas por la parte actora no podrán ser valoradas toda vez que no hay certeza sobre la persona que las realizó, ni sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fueron tomadas y que determinarían su valor probatorio. En estos términos y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época en la cual se presentó la demanda y aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, las mencionadas fotografías no pueden ser consideradas como documentos auténticos.

9.2. Cosa distinta ocurre con los originales de los periódicos remitidos por el diario El Espectador y las copias simples de los recortes de prensa aportados por la parte demandante pues, de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación, estos pueden ser considerados no solamente para probar el registro mediático de los hechos, sino para acreditar la existencia de los mismos, siempre y cuando tengan conexidad con otros medios de prueba y coincidan con ellos. Además, el hecho de que obren en copia simple no es impedimento para su valoración pues, como lo determinó la Sección Tercera en pleno, en aras de garantizar los principios constitucionales de buena fe y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el derecho al acceso a la administración de justicia y el principio de lealtad procesal, debe reconocerse valor probatorio *"a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas"*, condiciones estas que se cumplen respecto de las copias simples de los artículos de periódico señalados.

9.3. También serán valoradas las copias auténticas de la historia clínica del señor Sholten en el hospital San Ignacio (f. 38-49 c. 2) y del dictamen pericial rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (f. 191-193 c. 2), trasladados de la investigación penal adelantada por la Fiscalía Delegada 203 en virtud de la denuncia formulada por el señor Sholten, por cuanto han obrado a lo largo de todo el proceso y, por lo tanto, se ha surtido respecto de ellas el principio de contradicción.

9.4. Finalmente, en relación con los originales de las facturas aportadas por la parte actora (f. 2-38 c. 2), la Sala considera que, salvo aquellas que obran a folios 27, 29 y 38, las demás no podrán ser tenidas en cuenta toda vez que, en lo que concierne la mayor parte de ellas, no figura ni el nombre de la persona que efectuó la compra o realizó el pago, ni la descripción del producto adquirido –sólo figuran códigos– y, en las otras, las personas indicadas como adquirentes, esto es, aquellas que, a falta de prueba en contrario, sufragaron el costo de los productos, no son demandantes en este proceso.

[...]

Establecida la existencia de este último, es necesario estudiar si se trata de un **daño antijurídico imputable a la entidad demandada**. Al respecto es de anotar que, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada de la Sección, en consonancia con la de la Corte Constitucional, las personas detenidas en centros de reclusión oficiales se encuentran, respecto del Estado, en una relación de especial sujeción en virtud de la cual ven limitados algunos de sus derechos y libertades y restringida la autonomía para responder por su propia integridad; razón por la que, como se deriva de los pronunciamientos de estas Corporaciones y tal como lo recordó la Comisión Interamericana en su informe de 2011 sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas, el Estado *"se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de la libertad"*.

(...)

Así pues, la Sección Tercera ha considerado que el régimen bajo el cual se estructura la responsabilidad del Estado por los daños causados por cuenta de la reclusión, pero que no pueden considerarse como inherentes a la misma, es el objetivo, régimen que, como se evidencia en la cita que viene de ser transcrita, ha encontrado un campo de aplicación privilegiado en los eventos de afectaciones a la vida y a la integridad psicofísica de los detenidos, pero que puede extenderse a todos los demás casos en los que el daño cuya indemnización se demanda es el resultado de la vulneración de derechos que de ningún modo pueden entenderse limitados, restringidos o suspendidos por la privación de la libertad, como es el caso de la dignidad humana.

14.4. Lo anterior sin que se deje de lado la aplicación del régimen general de responsabilidad, esto es, el fundado en la falla del servicio, el cual debe privilegiarse cuando se evidencie que la administración penitenciaria funcionó anormalmente o fue negligente en el cumplimiento de sus deberes.

14.4. Ahora bien, es oportuno recordar que en los eventos en que los daños cuya indemnización se reclama sean atribuidos a la prestación de servicios médicos en centros carcelarios, se ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable es el subjetivo, lo cual se explica porque, aunque producidos durante la reclusión, no se produjeron en virtud de esta última, de ahí que sea necesario demostrar la existencia de la falla del servicio para comprometer la responsabilidad del Estado.

14.4. En este sentido debe anotarse que el deber de protección asumido por el Estado en virtud de las relaciones de especial sujeción en las que, respecto de él, se encuentran los reclusos, no puede traducirse en una premisa según la cual las autoridades penitenciarias deban ser declaradas responsables por todo detrimento que, en su salud, sufra el interno, pues el mismo puede provenir de causas extrañas que, de no originarse específicamente en las condiciones de detención, constituyen causales de exoneración.

(...)

18. Ahora bien, en relación con el **hecho de la víctima** invocado por la entidad demandada y aceptado como concausa del daño por el a quo, la Sala recuerda que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Tercera, para que pueda exonerar total o parcialmente de responsabilidad a la entidad demandada, debió ser, además de determinante en la causación del daño, imprevisible, irresistible y exterior para ella. (...) Lo anterior significa que no basta con que la víctima haya intervenido materialmente en la causación del daño, sino que se requiere que dicha intervención haya sido completamente ajena a la entidad pública y que el daño no se explique sin ella o, lo que es lo mismo, que dicha intervención haya sido su causa eficiente. Esta precisión adquiere mayor relevancia en los casos de reclusos y conscriptos donde, en virtud de la relación de especial sujeción en la que se encuentran respecto del Estado, este último adquiere una posición de garante en razón de la cual pueden serle imputados, desde el punto de vista jurídico, daños en cuya causación fáctica o material hayan intervenido terceros o incluso la misma víctima

(...)

20.2. Ahora bien, la **Sala unifica su jurisprudencia en relación con la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales** en el sentido de indicar que, para su tasación, debe establecerse un parangón con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación, pero de carácter permanente y, a partir de allí, determinar la indemnización en función del período durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar.

[...]

21. Por último en relación con los perjuicios inmateriales, la Sala advierte que en la medida en que, como pasa a explicarse, el daño provino de la violación significativa del derecho fundamental a la dignidad humana del actor (21.1), en virtud de la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, hay lugar a ordenar, como se ha hecho en otras ocasiones, **medidas no pecuniarias de reparación integral** del derecho conculcado y ello aún a pesar de no haber sido solicitadas en el *petitum* de la demanda.

[...]

214.5. Finalmente y tal como se consideró en sentencia de 25 de septiembre de 2013 en la que se unificó la jurisprudencia sobre "*la obligación de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares de efectuar el seguimiento al cumplimiento de lo dispuesto en providencias en las que se juzgue la grave violación a derechos humanos, imputables a la Fuerza Pública*", la Sala dispondrá que la Procuraduría General de la Nación, a través de la delegada que se designe internamente, le haga seguimiento al cumplimiento de esta sentencia."

FUENTES: Informe de la Comisión Interamericana de 2011. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación del 25 de septiembre de 2013.

DECISIÓN:

"PRIMERO. UNIFICAR su jurisprudencia en relación con la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales, en el sentido de indicar que, para su tasación, debe establecerse un parangón con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación, pero de carácter permanente y, a partir de allí, determinar la indemnización en función del período durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar.

SEGUNDO. MODIFICAR la sentencia de 25 de agosto de 2004, proferida por la Sección Tercera-Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual quedará así:

PRIMERO. DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) por el desmejoramiento y deterioro de salud del señor Andreas Sholten durante el tiempo en que permaneció privado de su libertad bajo su custodia.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior CONDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) a pagar al señor Andreas Sholten, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO. CONDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) a pagar al señor Andreas Sholten, por concepto del daño a la salud, la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO. CONDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) a pagar al señor Andreas Sholten, por concepto de perjuicio material en la modalidad de daño emergente, la suma de doscientos cincuenta mil doce pesos con cuarenta centavos m/cte (\$ 250 012,40).

QUINTO. ORDENAR como MEDIDA DE SATISFACCIÓN, que en nombre de la entidad que representa, el director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) presente al señor Andreas Sholten, por escrito y dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las disculpas a las cuales se hace referencia en la parte motiva y de conformidad con el procedimiento indicado. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) informará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca del cumplimiento de esta medida.

SEXTO. Como MEDIDAS DE NO REPETICIÓN:

A. ORDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC que, si no lo ha hecho, tenga en cuenta, dentro de las políticas de la entidad, la necesidad de habilitar servicios sanitarios adaptados para los detenidos en condición de discapacidad. La entidad realizará el informe a que se hace referencia en la parte motiva de esta providencia dentro de los tres meses siguientes a su ejecutoria.

B. EXHORTAR al Ministerio de Justicia y del Derecho para que, si no lo ha hecho, incluya dentro de los planes de refacción y construcción de nuevos centros carcelarios la necesidad de habilitar servicios sanitarios adaptados para los detenidos en condición de discapacidad.

C. REMITIR copia de esta providencia a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para que sea tenida en cuenta en el marco del observatorio de las políticas de igualdad y no discriminación.

D. EXHORTAR al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses para que comunique a sus expertos que, al dictaminar sobre si el estado de salud de un detenido es compatible o no con el régimen carcelario, tengan en cuenta y lo consignen así en su dictamen, si la entidad a cargo de la cual quedará el interno cuenta efectivamente con las condiciones estimadas como las mínimas requeridas para mantener el estado de salud del interno.

SÉPTIMO. La Procuraduría General de la Nación, a través de la delegada que designe internamente, le hará el seguimiento al cumplimiento de esta sentencia.

OCTAVO. DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO. Sin condena en costas.

DÉCIMO. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, en los términos indicados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

UNDÉCIMO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"El 11 de septiembre de 1997, el señor Andreas Erich Sholten, ciudadano alemán en estado de paraplejía, fue capturado en la ciudad de Barranquilla por violación al artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Al rendir indagatoria manifestó que, dada su condición, requería condiciones especiales para el acceso a los servicios sanitarios, circunstancia que fue corroborada mediante dictamen practicado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses el 8 de octubre de 1997, fecha para la cual se encontró que el detenido presentaba infección urinaria con 10 días de evolución, micosis cutánea y úlcera por presión en tercio proximal cara externa de muslo izquierdo y en glúteo izquierdo. El señor Sholten estuvo detenido en la Cárcel Distrital de Varones de Barranquilla y fue trasladado al pabellón de sanidad de la penitenciaría La Picota en donde se le abrió historia clínica el 6 de noviembre de 1997 y se le brindó atención médica constante hasta el 8 de febrero de 1998, cuando fue remitido al hospital San Ignacio en donde le diagnosticaron gangrena de fournier y carcinoma de colon."

DECISIÓN:

"Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas, la Sección Tercera-Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **sentencia de primera instancia** el 25 de agosto de 2004, en la cual falló:

Primero. DECLÁRASE responsable a la Nación-Instituto Nacional y Carcelario-INPEC, por el desmejoramiento y deterioro de la salud del señor Andreas Sholten.

Segundo. Condénase a la Nación - Instituto Nacional y Carcelario-INPEC a pagar a Andreas Sholten por concepto de perjuicios morales el equivalente a treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Tercero. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cuarto. A la sentencia deberá darse aplicación a lo dispuesto por los artículos 177 y 178 del C. C. A."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha

OBSERVACIONES: Impedimento: Ramiro Pazos Guerrero.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 680012331000200202548 01 (36.149).	FECHA: 28/08/2014
PONENTE: Hernán Andrade Rincón (e)		ACTOR: José Delgado Sanguino y otros	
DEMANDADO: La Nación – Rama Judicial			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la libertad.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 90 de la Constitución Política.

TEMA PRINCIPAL: Tasación de los perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad: criterios para reconocer indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante a la persona que fue privada injustamente de su libertad.

TEMA COMPLEMENTARIO: Régimen objetivo de responsabilidad. Privación injusta de la libertad. Lucro cesante.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

“La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia al considerar que se encontraban acreditados los elementos estructurales para declarar la responsabilidad patrimonial de la Nación.

Expuso que el régimen de responsabilidad es objetivo en los eventos de privación injusta de la libertad, por tanto no resultaba necesario analizar la actuación o la legalidad de las actuaciones de los funcionarios.

Sostuvo que el Tribunal Administrativo a quo se equivocó en la aplicación del régimen de responsabilidad, en la medida en que para preferir la decisión objeto de apelación había hecho referencia únicamente a la inexistencia de una falla en el servicio, bajo el argumento de que los ciudadanos están obligados a soportar la carga en razón a que la ley le otorga facultades a la Fiscalía General de la Nación para proceder a la detención de las personas cuando exista, al menos, un indicio grave en su contra”.

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Pues bien, teniendo en cuenta que la Fiscalía General de la Nación es una entidad que goza de autonomía administrativa y presupuestal, de conformidad con lo establecido en el artículo 249 de la Constitución Política de 1991 y, además, que dentro del asunto sub lite se demostró que el daño antijurídico por el cual se demandó fue causado por actuaciones realizadas por la Fiscalía, esta Sala estima que la condena que se proferirá en el presente proceso en contra de La Nación por las actuaciones de la mencionada entidad pública deberá ser cumplida o pagada con el presupuesto de esta.

(...)

En este sentido, de manera general, se aplica el régimen objetivo de responsabilidad y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso a que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que **i)** el hecho no existió, **ii)** el sindicado no lo cometió y/o **iii)** la conducta es atípica.

De igual forma, de conformidad con la postura reiterada, asumida y unificada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio universal in dubio pro reo, por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la medida de detención preventiva.

(...)

De conformidad con el conjunto probatorio antes descrito, en especial con el reporte de capturas de la Fiscalía General de la Nación y la boleta de libertad expedida por la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal de Distrito de Bucaramanga, la Corporación encuentra que el demandante José Delgado Sanguino fue privado de su Derecho Fundamental a la Libertad desde el 1 de diciembre de 1998 hasta el 18 de agosto de 1999, sindicado como autor del delito de peculado por apropiación en provecho propio; sin embargo, en el transcurso del proceso penal se demostró la inocencia del demandante, razón por la cual se concluye que el hecho no existió.

(...)

Así pues, cuando se ha probado que los supuestos fácticos por los cuales se inició el proceso penal no tuvieron lugar, como en el presente caso en el que se comprobó que el sindicado sí había laborado las horas extras, se debe entender que el hecho no existió.

Se agrega, además, que resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia hubiere sido ajustado o contrario a Derecho, pues si las víctimas no se encuentran en el deber jurídico de soportar el daño que les fue irrogado, será intrascendente –en todo sentido– que

el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo, ello en la medida en que mientras la causación de ese daño habrá de redundar en beneficio de la colectividad, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se privó de la libertad, sin que se hubiere podido establecer o determinar su responsabilidad penal y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esas víctimas tendrán derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el aludido artículo 90 constitucional.

Por consiguiente, se impone concluir que el señor José Delgado Sanguino no estaba en la obligación de soportar el daño que el Estado le ocasionó, el cual debe ser calificado como antijurídico, lo cual determina la consecuente obligación para la Administración Pública de resarcir a dicha persona por ese hecho [...].

[...]

Según lo ha reiterado la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad y con apoyo en las máximas de la experiencia, hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad; en la misma línea de pensamiento se ha considerado que dicho dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos [...].

[...]

Ahora bien, en los casos de privación injusta de la libertad se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa –radicación No. 25.022– y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Por consiguiente, teniendo en cuenta el tiempo durante el cual el señor José Delgado Sanguino permaneció privado de su libertad, esto es casi 9 meses, la gravedad del delito por el cual fue acusado y la afectación, angustia y congoja que el hecho dañoso causó en la víctima directa del daño, de acuerdo a lo acreditado con las pruebas testimoniales, se considera que hay lugar a reconocer, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 70 smlmv. (...)

Respecto de los criterios que deben tenerse en cuenta para reconocer la indemnización de este perjuicio, la jurisprudencia ha exigido que este debe ser cierto:

El lucro cesante, de la manera como fue calculado por los peritos, no cumple con el requisito uniformemente exigido por la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública. Esa demostración del carácter cierto del perjuicio brilla por su ausencia en el experticio de marras.

En este sentido, cuando se trata, por ejemplo, de los asuntos que se refieren a la privación injusta de la libertad, la Sala ha sostenido de manera reiterada –y mediante esta providencia se unifica el criterio– que para la procedencia del reconocimiento de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, se requiere que se acredite que la víctima de la referida privación, al momento de la ocurrencia de ese hecho dañoso, es decir cuando fue detenida, se encontraba en edad productiva.

En relación con este perjuicio, de un lado se tiene que el señor José Delgado Sanguino tenía 39 años de edad al momento de su detención y, en todo caso, de conformidad con los testimonios rendidos por los señores Javier Enrique Ramírez Espinosa, Pablo César Mantilla García y Serafina Camacho Pérez, está acreditado que para el momento de los hechos el señor desempeñaba una actividad productiva económica, aun cuando no expusieron con exactitud el tipo de labor que realizaba.

No obstante, en las mencionadas piezas procesales no existe indicación alguna acerca de la suma que el señor Delgado Sanguino podía obtener con ocasión de la labor económica realizada –aunque se hubiera manifestado en la demanda que se dedicaba a actividades de construcción y de comercio informal devengando \$600.000 mensuales aproximadamente–, razón por la cual, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, hay lugar a aplicar la presunción según la cual toda persona que se encuentre en edad productiva devenga, por lo menos, el salario mínimo legal vigente, monto que será tenido en cuenta por la Subsección para liquidar el lucro cesante. A esa suma se le debe adicionar el 25% por concepto de prestaciones sociales.

De igual forma, en la liquidación debe agregarse el factor prestacional correspondiente para determinar el ingreso base y sumar al lapso durante el cual el señor Delgado Sanguino estuvo privado de la libertad, el tiempo que se presume una persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su salida de la cárcel”.

FUENTES: Artículos 90 y 249 de la Constitución Política; Ley 270 de 1996; artículo 414 del Código de Procedimiento Penal; artículo 1614 del Código Civil; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de agosto de 2012, Exp.: 24447; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, Exp.: 25022; Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 16 de marzo de 2005, Exp.: 25857; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de octubre de 2013, Exp.: 23.354; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de marzo de 2002, Exp.: 12076.

DECISIÓN:

"PRIMERO. Unificar la jurisprudencia en relación con los parámetros que se deben tener en cuenta para la tasación de los perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad y el criterio para reconocer indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante a la persona que fue privada injustamente de su libertad.

SEGUNDO. Revócase la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Santander, el día 21 de septiembre de 2007 y, en consecuencia, se dispone:

1. Declárase patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación, por la privación injusta de la libertad de la cual fue víctima el señor José Delgado Sanguino.
2. Condénase a la Fiscalía General de la Nación a pagar a los señores José Delgado Sanguino, Sonia Fontecha Vargas, José Alberto Delgado Fontecha, Lina María De Las Estrellas Delgado Rangel y Martina Sanguino de Delgado un monto equivalente a setenta (70) smlmv, para cada uno a título de perjuicios morales.
3. Condénase a la Fiscalía General de la Nación a pagar al señor José Delgado Sanguino, a título de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, la cantidad de trece millones ochocientos sesenta y siete mil setecientos pesos (\$13'867.700).
4. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.
5. Sin condena en costas.
6. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.
7. Expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"En escrito presentado el día 22 de octubre de 2002, los señores José Delgado Sanguino y Sonia Fontecha Vargas, quienes actúan en nombre propio y en el de su hijo menor José Alberto Delgado Fontecha; Ana Belén Rangel Ballesteros, quien actúa en nombre y representación de su hija menor Lina María De Las Estrellas Delgado Rangel y Martina Sanguino de Delgado, mediante apoderado judicial, formularon demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra La Nación – Rama Judicial, con el fin de que se le declarara administrativamente responsable por el daño a ellos ocasionado como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la cual habría sido víctima el primero de los mencionados actores.

En este sentido, se solicitó en la demanda el reconocimiento de las siguientes sumas de dinero:

Por concepto de perjuicios morales para los señores José Delgado Sanguino, Sonia Fontecha Vargas y Martina Sanguino de Delgado, el equivalente a 518 smlmv para cada uno de ellos y para los menores José Alberto Delgado Fontecha y Lina María De Las Estrellas Delgado Fontecha, el equivalente a 259 smlmv para cada uno de ellos.

Por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, se pidió la suma de \$ 5'140.000,00 a favor del señor José Delgado Sanguino y el monto de \$ 3'426.666,00 a favor de la señora Sonia Fontecha Vargas.

La parte actora narró, en síntesis, los siguientes hechos:

Que el día 26 de noviembre de 1998 la Fiscalía General de la Nación resolvió la situación jurídica del señor José Delgado Sanguino, imponiéndole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, la cual se hizo efectiva el 1 de diciembre de 1998, sustituida por caución prendaria el 17 de agosto de 1999, por considerarlo autor del delito de peculado por apropiación.

Que el día 23 de octubre de 2000 el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga profirió sentencia absolutoria a favor del señor José Delgado Sanguino, providencia que fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga el 22 de noviembre de 2001."

DECISIÓN:

"La sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, el día 21 de septiembre de 2007, denegó las súplicas de la demanda.

Indicó que la Fiscalía General de la Nación, al valorar las pruebas obrantes en el sumario al momento de definir la situación jurídica del sindicado y de calificar el mérito del sumario, encontró indicios que comprometían la responsabilidad del señor José Delgado Sanguino y que sólo al momento en el cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga asumió su competencia, con el recaudo de nuevas pruebas, se pudo comprobar que el investigado no tenía vinculación alguna con la comisión del delito a él imputado.

Así las cosas, concluyó que la Fiscalía General de la Nación estaba en la obligación de investigar y de llegar al esclarecimiento de los hechos, por manera que el actor debía esperar los resultados de la etapa de instrucción, al existir indicios en su contra que lo vinculaban con la comisión de un delito."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 500012315000 19990032601 (31172)	FECHA: 28/08/2014
PONENTE: Olga Mérida Valle de De La Hoz		ACTOR: Gonzalo Cuéllar Penagos y otros	
DEMANDADO: Nación- Ministerio De Defensa - Ejército Nacional			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la reparación integral.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 90 de la Constitución Política.

TEMA PRINCIPAL: Reconocimiento de perjuicios morales por lesiones personales.

TEMA COMPLEMENTARIO: Valor probatorio de las copias simples. Reconocimiento de la pensión de invalidez. Liquidación de condenas en gramos oro. Liquidación del daño a la salud.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El principal motivo de inconformidad con el fallo lo constituye el desconocimiento de la causal de exoneración de responsabilidad y la asunción de los riesgos propios de la actividad militar, al tratarse de lesiones que se causaron por caso fortuito al soldado quien estaba adscrito a una compañía dedicada al manejo de armas, razón por la cual había sido entrenado en su uso adecuado y conocía perfectamente los peligros de su manipulación.

En concepto del impugnante, los argumentos del demandante son simples conjeturas porque en el proceso penal se estableció que lo ocurrido obedeció a un caso fortuito y por ello el actor fue exonerado de responsabilidad respecto de las lesiones causadas a sus compañeros.

Adicionalmente consideró el apoderado del Ejército que al soldado vincularse voluntariamente, las indemnizaciones están preestablecidas y se denominan *a for fait*.

[...]

"Posteriormente mediante providencia del 9 de junio de 2006, se corrió traslado para alegatos de conclusión, término durante el cual el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación adhesiva, el cual fue admitido en providencia del 15 de septiembre siguiente.

Los motivos de inconformidad del recurrente se concretaron en tres aspectos fundamentales: el monto de la condena, el no reconocimiento de los perjuicios morales a los hermanos y la negativa a conceder los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante a favor de la víctima directa.

En cuanto al monto de la condena por concepto de perjuicios morales y daño fisiológico, estimó el recurrente que debe concederse en la cuantía solicitada en la demanda, teniendo en cuenta la intensidad del daño y las incomodidades padecidas por la víctima debido a los tratamientos médicos, las intervenciones quirúrgicas y en general el largo periodo de recuperación y adaptación a su nueva realidad. De igual forma solicitó que la condena se impusiera en gramos oro y no en salarios mínimos, al estimar que dicho parámetro no restringe la libertad del juzgador para modificar la condena.

Por otra parte solicitó reconocer los perjuicios morales a los hermanos de la víctima dando aplicación a la presunción reconocida y aceptada por la Corporación respecto de los sufrimientos padecidos por los familiares cercanos, lo cual no fue desvirtuado por la entidad.

Finalmente, en lo relacionado con el reconocimiento de los perjuicios materiales solicitó fueran concedidos sin importar que el Ejército le haya asignado una pensión de invalidez, por cuanto la indemnización otorgada a los miembros de las Fuerzas Militares, denominada *a for fait*, no es incompatible con la correspondiente a la responsabilidad extracontractual del Estado por tener su origen en diferente causa".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"La existencia del daño antijurídico es el primer elemento que debe acreditarse para que pueda predicarse la responsabilidad y en el sub lite, este consiste en las lesiones sufridas por el soldado Gonzalo Cuéllar Penagos, las cuales se probaron con la historia clínica y el acta de junta médica laboral.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 90 Superior al que antes se hizo referencia, el Estado debe responder por todo daño antijurídico que le sea imputable, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas, de manera que lo exigido en la norma no es solo la existencia de un daño, entendido este como un menoscabo, afectación o lesión de un bien, sino que además se requiere que este sea antijurídico, es decir, aquel que no se tiene la obligación de padecer y que es contrario a derecho, que vulnera el ordenamiento jurídico y con ello lesiona los bienes e intereses jurídicamente protegidos.

(...)

En el sub judice es importante resaltar la condición de soldado voluntario que tenía el señor Cuéllar Penagos, como se acreditó con la certificación expedida por la entidad, a fin de determinar el régimen de responsabilidad, ya que esta incorporación, a diferencia de los soldados conscriptos que se vinculan en cumplimiento de un deber o mandato constitucional y por lo tanto, quedan sometidos al Imperium del Estado, se realiza libremente y en consecuencia, la persona se somete a los riesgos propios del servicio. De modo que el régimen bajo el cual deben analizarse la responsabilidad es el de falla del servicio o el de riesgo excepcional, cuando se somete a la víctima a un riesgo superior a aquel que deban asumir los demás militares.

En el caso concreto, puede afirmarse que al pertenecer a un grupo Contraguerrilla y al estar en el momento de los hechos en desarrollo de una operación militar, la manipulación del artefacto explosivo puede considerarse un riesgo propio del servicio, ya que de acuerdo

con las pruebas obrantes en el proceso, precisamente la función asignada al militar como integrante del grupo de morteros era portar las granadas que debían ser utilizadas.

No obstante lo anterior, vale la pena señalar que en el sub juide se presentó una circunstancia especial al haber entregado al soldado una granada que no se encontraba en perfectas condiciones o cuya manipulación no ofrecía la seguridad necesaria, teniendo en cuenta que según lo afirmado por los técnicos, no resulta normal que el artefacto hubiera estallado al recibir un simple golpe. En efecto, para su detonación es necesario o bien accionarla dentro del mortero, para lo cual debe quitarse el seguro, o bien que la granada tenga algún desperfecto y por ello estalle al contacto con el piso, tal como lo pusieron de presente los técnicos del Ejército que fueron consultados.

Por otra parte, aunque los técnicos consideraron también la posibilidad de que la explosión tuviera origen en una inadecuada manipulación del artefacto o que este hubiera sido desasegurado por el soldado, el análisis de las pruebas obrantes en el proceso conducen a una conclusión diferente, puesto que de acuerdo con los testimonios de quienes se encontraban con él en el momento de los hechos, la granada que estalló se le había entregado desde hacía cuatro meses, tiempo durante el cual él actuó responsablemente, cumpliendo las funciones que le asignaban y no se presentó ningún inconveniente, motivo suficiente para considerar no probada la participación de la víctima en el evento dañoso.

Así las cosas, la entidad debe responder por el daño sufrido por el demandante, comoquiera que a esta le correspondía garantizar la idoneidad del arma de dotación entregada a los soldados y por tanto, los defectos presentados por el artefacto de dotación del señor Cuéllar Penagos constituye una falla en el servicio imputable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

(...)

(...) vale la pena precisar que según la jurisprudencia de esta Corporación, el reconocimiento de la pensión de invalidez, concedido a los militares bajo el régimen de indemnización preestablecida denominada a *for fait*, no se excluye con el otorgamiento de una indemnización por daño, teniendo en cuenta que la fuente de las mismas es diferente.

En efecto, de acuerdo con la estructura de la responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, y al tenor de lo dispuesto en las normas del Código Contencioso Administrativo, se debe procurar la reparación integral del daño, sin perjuicio de que en algunas ocasiones la víctima reciba compensaciones de varias fuentes y sea mejorada en su situación patrimonial, pero para que ello ocurra es necesario que la causa o título que justifica tal mejoría tenga su origen en una causa diferente a la indemnización concedida en el proceso de responsabilidad.

De esta manera, procede el reconocimiento de los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, para lo cual se tomará como base, la totalidad del salario certificado por la entidad, teniendo en cuenta que la incapacidad dictaminada es del 100% y se le sumará el 25% correspondiente a las prestaciones sociales [...].

(...)

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima [...].

(...)

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 smlmv si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 smlmv si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 smlmv si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 smlmv si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 smlmv si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 smlmv cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 smlmv en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%.

Frente al perjuicio moral concedido a la víctima directa, este fue reconocido en cuantía equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por tanto, el monto concedido por el Tribunal de primera instancia, se acompasa a los parámetros anteriormente expuestos y no hay lugar a modificación.

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de aumentar la suma concedida a título de perjuicios morales para los padres, considera la Sala que dada la relación afectiva entre los padres y el hijo lesionado y la gravedad de la lesión de la víctima directa la cual es superior al 50%, aquellos tienen derecho al reconocimiento de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)

Por otra parte, en cuanto a la solicitud de reconocer los perjuicios morales en gramos oro y no en salarios mínimos, debe recordarse que el cambio jurisprudencial no obedeció a un criterio caprichoso de esta Corporación, sino que fue el resultado de acoger lo dispuesto en la Ley 446 de 1998, que tornó improcedente la aplicación analógica del Código Penal vigente en materia de cuantificación de perjuicios.

Así lo señaló esta Sala en la providencia en la cual se cambió la línea jurisprudencial sobre la liquidación de condenas en gramos oro:

"En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara su sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral. Considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. Como ha quedado demostrado, razones de orden jurídico, apoyadas igualmente en fundamentos de orden práctico, justifican, en la actualidad, esta decisión. Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral. Establecido, por lo demás, el carácter inadecuado del recurso al precio del oro, la Sala fijará el cuántum de las respectivas condenas, en moneda legal colombiana, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo. Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que este cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, que en la fecha de esta sentencia corresponde a veintiocho millones seiscientos mil pesos (\$28.600.000.00), cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción"

De esta manera es improcedente la solicitud de la parte actora en el sentido que el reconocimiento de las condenas se efectúe en gramos oro y no en salarios mínimos.

(...)

Frente a la liquidación del daño a la salud, la Sala reitera los lineamientos planteados en sentencia del 27 de agosto del año en curso, Rad. 31.170, M. P. Enrique Gil Botero, en la que se unificó la jurisprudencia en relación a la tasación, en los siguientes términos:

De modo que, una vez desarrollado el panorama conceptual del daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera unifica su jurisprudencia en torno al contenido y alcance de este tipo de perjuicio inmaterial, en los términos que se desarrollan a continuación:

Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exs. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 smmlv, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 smmlv, siempre que esté debidamente motivado.

Lo anterior, con empleo del *arbitrio iudice*, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 smmlv
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 smmlv
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 smmlv
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 smmlv
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 smmlv
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 smmlv

Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 smmlv.

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.

- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima
- Las demás que se acrediten en el proceso

Variable probada	Valoración de acuerdo con las circunstancias y pruebas explicadas en la parte motiva
Pérdida anatómica de carácter permanente	La víctima perdió sus dos miembros inferiores de manera irreversible, lo cual le impide desarrollar las actividades rutinarias de locomoción. Se otorgan 150 smlmv
Incapacidad laboral	Al actor se le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 100%, lo que le impidió continuar desarrollando su trabajo como soldado del Ejército Nacional. Se otorgan 100 smlmv
Edad de la víctima	Al momento de los hechos, el señor Gonzalo Cuéllar Penagos era un joven de 20 años de edad, por lo que deberá padecer el perjuicio durante largo tiempo. Se otorgan 50 smlmv
Total	300 smlmv

En el *sub judice* se tiene, que el soldado Gonzalo Cuéllar Penagos, a sus 20 años de edad, presentó como secuelas del accidente sufrido, la amputación de sus dos miembros inferiores con desarticulación de la rodilla izquierda, lo que le generó una incapacidad absoluta y permanente, inaptitud para la actividad militar y la pérdida del 100% de la capacidad laboral.

Teniendo en cuenta las variables enunciadas, en el caso concreto se encuentran demostradas las siguientes, las cuales se cuantificarán conforme a lo probado en el proceso de la siguiente manera:

Por tanto, la Sala reconocerá al actor por daño a la salud, la suma equivalente a 300 smlmv".

FUENTES: Artículo 90 de la Constitución Política; Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del agosto 23 de 2012, Exp.: 24392; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del septiembre 6 de 2001, Exp.: 13232; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de agosto de 2014, Exp.: 31170.

DECISIÓN:

"PRIMERO. Modificar la sentencia la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 10 de diciembre de 2004, la cual quedará así:

SEGUNDO. Declarar que la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional es responsable de las lesiones ocasionadas al señor Gonzalo Cuéllar Penagos.

TERCERO. Unificar la jurisprudencia de la Sala en cuanto a la reparación de los perjuicios inmateriales, concretamente sobre el perjuicio moral en caso de lesiones personales.

CUARTO. Condenar al Ejército Nacional a pagar las siguientes sumas de dinero por concepto de perjuicios morales:

NIVEL	DEMANDANTE	smmlv (100%)
1	Gonzalo Cuéllar Penagos (víctima directa)	100 smmlv
1	Gonzalo Cuéllar Ramos (padre)	100 smmlv
1	Ana Elvira Penagos Vargas (madre)	100 smmlv
2	Reinel Cuéllar Penagos (hermano de la víctima)	50 smmlv
2	Javier Cuéllar Penagos (hermano de la víctima)	50 smmlv
2	Aldemar Cuéllar Penagos (hermano de la víctima)	50 smmlv

QUINTO. Condenar al Ejército Nacional a pagar al señor Gonzalo Cuéllar Penagos, el equivalente a 300 smmlv, por concepto de daño a la salud.

SEXTO. Condenar al Ejército Nacional a pagar al señor Gonzalo Cuéllar Penagos la suma de \$5455.699.484, por concepto de perjuicios materiales.

SÉPTIMO. Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, al apoderado que ha venido actuando en el proceso, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

OCTAVO. En firme esta providencia envíese el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"1. El señor Gonzalo Cuéllar Penagos ingresó al Ejército Nacional a comienzos del año 1998 y se vinculó al Batallón No. 2 móvil N° 3, con sede en Villavicencio.

2. El soldado Gonzalo Cuéllar se encontraba en una base militar en jurisdicción del municipio del Castillo, adscrito a la Séptima Brigada y el día 28 de agosto de 1998, mientras su compañía se encontraba en clase de manejo de armas, la granada de mortero que portaba en su chaleco explotó sin que previamente hubiera hecho contacto con ella.

3. Según los técnicos del Ejército, la granada hizo explosión porque estaba en mal estado, presentaba algún desperfecto o había salido fallida al ser disparada, pero esta circunstancia no era conocida por el soldado, quien la portaba en su chaleco.

4. Como consecuencia del estallido de la granada el soldado quedó gravemente herido en sus piernas y luego de someterlo a tratamiento médico hubo necesidad de amputárselas. :

5. Las heridas recibidas por el soldado constituyen una falla en el servicio, teniendo en cuenta que se le entregó como elemento de dotación, un artefacto explosivo altamente peligroso, que se encontraba en mal estado y no fue advertido de esa situación, ni se tomaron medidas de precaución, por el contrario, se puso en riesgo extraordinario al joven Cuéllar Penagos.

6. La víctima ha sufrido mucho por las lesiones padecidas y además se ha visto afectado en el aspecto económico por la incapacidad laboral que le generaron las lesiones ya que perdió ambas piernas y adicionalmente sufre perjuicios fisiológicos o daño a la vida de relación al no poder realizar ciertas actividades físicas y disfrutar de los placeres de la vida.

7. El día 29 de octubre de 1999, el señor Gonzalo Cuéllar Penagos mediante apoderado, presentó demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa- Ejército Nacional y solicitó que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERO. Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación (Ministerio de Defensa), de los perjuicios ocasionados al demandante con motivo de las graves heridas y la incapacidad laboral causada a Gonzalo Cuéllar Penagos, en hechos ocurridos el día 28 de agosto de 1998, en una base militar ubicada en jurisdicción del municipio de Castillo (Meta) cuando un artefacto explosivo detonó.

SEGUNDO. Condenar a la Nación (Ministerio de Defensa) a pagar a favor de Gonzalo Cuéllar Penagos, a título de perjuicios morales, el equivalente en pesos a mil (1.000) gramos de oro fino según su precio de venta certificado por el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia.

TERCERO. Condenar a la Nación (Ministerio de Defensa) a pagar a favor de Gonzalo Cuéllar Penagos, los perjuicios materiales que sufrió con motivo de sus graves heridas, y posterior incapacidad laboral, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación: 1. Un salario de trescientos mil (\$300.0000.00) pesos mensuales que ganaba la víctima antes de ingresar al Ejército, o lo que se demuestre dentro del proceso; o en subsidio el salario mínimo legal vigente en agosto de 1998, o sea la suma de doscientos tres mil ochocientos veintiséis (\$203.826.00) pesos mensuales, más un treinta por ciento (30%) de prestaciones sociales en ambos casos. Según las pautas seguidas por el Consejo de Estado, la suma con la cual se liquiden los perjuicios materiales no puede ser inferior al salario mínimo legal vigente para la fecha en la cual se dicte la sentencia de segunda instancia, o se apruebe el auto que liquide dichos perjuicios. 2. La vida probable de la víctima, según la tabla de supervivencia aprobada por el Instituto de los Seguros Sociales. 3. El grado de incapacidad laboral que se le fije al soldado Gonzalo Cuéllar Penagos, en el acta de junta médica laboral hecha en la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en la ciudad de Santafé de Bogotá, o en subsidio, el grado de incapacidad laboral que le fije el médico experto de la Oficina de Medicina Laboral del Ministerio del Trabajo, en la ciudad de Santafé de Bogotá, por ser el lugar donde me queda más fácil realizarlo. 4. Actualizada dicha cantidad según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre agosto de 1998 y la fecha en la cual quede ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, o el auto que liquide los perjuicios materiales. 5. La fórmula de matemática financiera aceptada por el honorable Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada y la futura.

CUARTO. Condenar a la Nación (Ministerio de Defensa) a pagar a favor de Gonzalo Cuéllar Penagos, el equivalente en pesos de cuatro mil (4.000) gramos de oro fino a la fecha de ejecutoria de la sentencia, con motivo del perjuicio fisiológico que está sufriendo al padecer la pérdida anatómica de sus dos piernas.

QUINTO. La Nación, por medio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la sentencia, dictará dentro de los treinta (30) días siguientes a la comunicación de la misma, la resolución correspondiente en el cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento y pagarán intereses moratorios desde la ejecutoria del fallo, hasta que se cancele totalmente la condena”.

8. Mediante providencia calendada el 15 de mayo de 2002, el Tribunal Administrativo del Meta ordenó la acumulación del presente proceso al expediente radicado bajo el número **2000-0320**, para que continuaran su trámite conjunto”.

DECISIÓN:

“El 10 de diciembre de 2004 El Tribunal Administrativo del Meta accedió a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta el riesgo proveniente del manejo o tenencia de instrumentos peligrosos de dotación oficial como las granadas de mortero.

Para el Tribunal de primera instancia, la parte probó, además de los elementos configuradores de responsabilidad, el ejercicio de la actividad peligrosa asignada por el Estado, circunstancia que se acreditó al verificarse que al soldado se le entregó una granada de mortero”.

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 05001-23-31-000-1997-01172-01	FECHA: 28/08/2014
PONENTE: Enrique Gil Botero		ACTOR: Luis Ferney Isaza Córdoba y otros	
DEMANDADO: La Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN
SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
-----------	----------	-----------

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la salud.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 49 de la Constitución Política.

TEMA PRINCIPAL: Unificación de jurisprudencia: liquidación del daño a la salud.

TEMA COMPLEMENTARIO: Principio de congruencia.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN
CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, expuso los siguientes argumentos:

"[...] En consecuencia solicito al despacho considerar los argumentos expuestos por la entidad, al demostrar que efectivamente la condena por perjuicio moral y vida de relación del lesionado fue realizado de una manera excesiva e identificándolos como daño moral de acuerdo al material probatorio y naturaleza de la lesión, al igual que la condena por perjuicio moral de sus padres y hermanos, respetando la discrecionalidad del Juez Administrativo sobre el particular.

Por su parte, los demandantes expusieron los siguientes argumentos:

"[...]"

No se está de acuerdo con el monto fijado por el Tribunal para compensar el daño moral ocasionado a todos los demandantes con la grave lesión que padeció el joven Luis Ferney Isaza Córdoba, pues está demostrado en el plenario, la merma de la capacidad laboral, la deformidad física y las secuelas permanentes y futuras que padece y padecerá Luis Ferney; igualmente la armonía, unidad familiar, el amor que se profesaba la familia y el profundo dolor y sufrimiento que los embarga, por el monto a fijar debe ser el más alto permitido a nivel jurisprudencial de 100 salarios mensuales mínimos legales vigentes para cada uno de los demandantes por concepto de perjuicio moral y de 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes para Luis Ferney por concepto de perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación.

Igualmente no se comparte el criterio que tuvo el Tribunal para reducir el monto de la condena en un 50%, por considerar que los miembros del Ejército al lesionar a Luis Ferney actuaron de forma ligera, pues se trataba de más de doce uniformados que traían en calidad de retenido a un ciudadano desarmado y al parecer en estado de alícoramiento; si se justifica o se tolera que un miembro de un organismo del Estado utilice su arma de dotación (fusil) contra un ciudadano por que trata de huirle a una retención, sería permitir el caos, la anarquía, apartarnos del Estado de Derecho que cobija a nuestra Democracia.

(...)

En el presente caso, ni siquiera se puede hablar de un posible agresión por parte de Luis Ferney en contra de los militares, para tratar de justificar en parte la lesión que se le ocasionó y así tener fundamento la reducción que hizo el tribunal (sic) en un 50% del total de la condena; Luis Ferney trató de huir del maltrato que le realizaban los uniformados y en ese momento fue que recibió el impacto; la víctima no ejercía ningún ataque contra los militares, por lo que no era preciso que los representantes de la autoridad dispararan porque no conocía peligro en ese momento, su captura no era requerida por autoridad judicial ninguna ni fue sorprendido en situación de flagrancia o cuasiflagrancia que justificara el procedimiento.

Aquí la actuación de los militares fue excesiva, es decir, que no tuvo ninguna correspondencia con la actitud del lesionado, los uniformados no corrían ningún riesgo. El supuesto forcejeo entre el lesionado y un militar solo existe en la mente de los uniformados y fue una medida exculpatoria, tratando de justificar el acto irresponsable cometido por la patrulla.

(...)

Con respecto al salario que determinó el Tribunal como base para realizar la liquidación de los perjuicios materiales, me permito señalar que dentro del expediente si existe prueba clara que determina que Luis Ferney devengaba \$15.000 diarios con su actividad como oficial de la construcción, a folios 112 vto. del expediente, declaró el señor Carlos David Posada Arango (...)."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Ahora bien, haciendo una lectura cuidadosa y comparativa de las declaraciones del S.L. Falla y el S.L. Ballesteros se advierten varias contradicciones que obligan a desestimar las mismas, a saber; i) no coinciden en la razón por la que estaban en el barrio Pueblo Nuevo, el primero, afirma que era en respuesta a unos disparos que escucharon y el segundo, que estaban cumpliendo una orden impartida por el Teniente, quien había recibido información de algún ilícito que se estaba cometiendo en dicho lugar; ii) no coinciden en el primer momento en que vieron a Luis Ferney, el segundo afirmó que lo vio en el lugar donde estaban cumpliendo con el operativo, el primero, que lo vieron pasar en una moto por el lugar, es decir, el segundo pretende indicar que Luis Ferney antes de montarse en la moto estaba actuando de manera sospechosa, el segundo sólo afirmó que Luis Ferney pasó en una moto por donde estaban ellos, burlándose, pero no se entiende de su declaración que él estuviese en el lugar donde habían visto a unas personas armadas; iii) por último, no se entiende como el S.L. Falla afirma que una vez Luis Ferney fue llevado al hospital, éste después de ser atendido salió alzando las manos y afirmando que estaba bien, cuando ese mismo día fue remitido a la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul, donde estuvo hospitalizado por un tiempo mayor a 50 días, es decir, no es posible que Luis Ferney hubiese salido del hospital en buenas condiciones, cuando debió ser remitido a un centro hospitalario para ser atendido por la gravedad de sus heridas, esto, es indicativo del afán de los soldados por justificar la conducta de su compañero, y restarle importancia a las lesiones de que fue objeto el señor Isaza Córdoba.

Lo anterior, ineludiblemente obliga a desestimar las declaraciones de los soldados Falla y Ballesteros, en razón a ello, lo único que está debidamente acreditado en el proceso, es que, Luis Ferney Isaza resultó lesionado por arma de fuego a manos de un soldado cuando fue detenido en circunstancias que no están claras dentro del proceso, lo que fuerza a concluir que la conducta desplegada por éste no contribuyó en la producción del daño, en consecuencia, deberá modificarse la decisión de primera instancia y la condena deberá ser plena, es decir, no hay lugar a declarar la concurrencia de culpas.

(...)

Ahora bien, valoradas estas pruebas podemos dar por cierto que el 16 de febrero de 1997 Luis Ferney Isaza Córdoba sufrió una herida por arma de fuego que le produjo una merma en su capacidad laboral del 30.17%, así mismo, el episodio y las secuelas le produjeron un cuadro depresivo de estrés postraumático, que entre otras consecuencias le impide desarrollar su vida de la forma como lo venía haciendo, previo al suceso que finalizó con la herida en su brazo derecho a manos de un soldado.

Por las razones anteriores, habrá lugar a reconocer perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante (consolidado y futuro) y daño a la salud, a favor de Luis Ferney Isaza Córdoba, y perjuicios morales a favor de él y de los demás demandantes. En cuanto al daño emergente, no se allegó prueba alguna que permita establecer cuáles fueron los gastos en que incurrió Luis Ferney Isaza, por tal razón no se reconocerá monto alguno por este concepto.

(...)

En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica de Luis Ferney Isaza Córdoba, solicitado en la demanda, la Sala reitera la posición acogida en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011, en las que se señaló:

De modo que, el daño a la salud –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C. P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v. gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

(...)

En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia –antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

(...)

Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica (...).

Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado "daño a la salud o fisiológico", sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

(...)

En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso:

"i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

"ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal.

Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

(...)

En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

(...)

Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material.

De modo que, una vez desarrollado el panorama conceptual del daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera unifica su jurisprudencia en torno al contenido y alcance de este tipo de perjuicio inmaterial, en los términos que se desarrollan a continuación:

Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 smmlv, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 smmlv, siempre que esté debidamente motivado.

Lo anterior, en ejercicio del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para tal efecto se utilizarán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 smmlv
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 smmlv
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 smmlv
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 smmlv
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 smmlv
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 smmlv

Por lo tanto, establecido que el porcentaje de incapacidad de Luis Ferney Isaza, es del 30.17%, se le reconocerá por este concepto el valor de 60 smmlv, con lo cual, el monto de la indemnización resultaría proporcional a la lesión sufrida”.

FUENTES: Artículo 49 de la Constitución Política; artículo 357 del Código de Procedimiento Civil; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre 2011, Exp.: 19031 y 38222.

DECISIÓN:

“PRIMERO. Unifíquese la jurisprudencia en relación con la liquidación del daño a la salud.

SEGUNDO: Modificar la sentencia de 7 de diciembre de 2004, proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, por la razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO. Condenar a La Nación – Ministerio de Defensa, Ejército Nacional a pagar, por concepto de perjuicios materiales la suma de\$ 126'670.979,00, a favor de Luis Ferney Isaza Córdoba.

CUARTO. Condenar a La Nación – Ministerio de Defensa, Ejército Nacional a pagar, la suma que correspondiere a 60 smmlv, por concepto de daño a la salud, a favor de Luis Ferney Isaza Córdoba.

QUINTO. Condenar a La Nación – Ministerio de Defensa, Ejército Nacional a pagar, por concepto de perjuicios morales, las sumas de dinero que correspondiere a las siguientes personas:

Luis Ferney Isaza Córdoba	60 smmlv
Héctor Arturo Isaza Cárdenas	60 smmlv
María Luzmila Córdoba Madrid	60 smmlv
Jhon Jairo Isaza Córdoba	30 smmlv
Francy Esmeralda Isaza Córdoba	30 smmlv
María Claribel Isaza Córdoba	30 smmlv
TOTAL	270 smmlv

SEXTO. Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SÉPTIMO. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.”

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"1. En libelo presentado el 15 de mayo de 1997, Luis Ferney Isaza Córdoba, Héctor Arturo Isaza Cárdenas, María Luzmila Córdoba Madrid, John Jairo, Francy Esmeralda y María Claribel Isaza Córdoba, por intermedio de apoderado judicial solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a La Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional - por las lesiones sufridas por Luis Ferney Isaza Córdoba el 16 de febrero 1997.

En consecuencia, deprecaron que se condenara al pago de los siguientes perjuicios:

- La suma que correspondiere a 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes, por concepto de daño moral.
- La suma que correspondiere a 5.000 gramos de oro fino para Luis Ferney Isaza Córdoba, por concepto de daño fisiológico.
- La suma de \$259'299.612, por concepto de lucro cesante, a favor de Luis Ferney Isaza Córdoba.
- La suma de \$15'214.551, por concepto de daño emergente, a favor de Luis Ferney Isaza Córdoba.

2. Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis narraron los siguientes hechos:

2.1. El 16 de febrero de 1997, entre las 00:00 horas y 1:00 a.m., Luis Ferney Isaza Córdoba se movilizaba por el casco urbano de Amalfi, Antioquia en una motocicleta, cuando recibió una orden de detenerse por miembros del Ejército Nacional, la que fue atendida por éste, una vez se bajó de su motocicleta fue agredido física y verbalmente y lo lanzaron a un caño cercano, donde fue objeto de varios disparos, impactándole uno en su brazo derecho."

DECISIÓN:

"[...] la sentencia del 7 de diciembre de 2004, proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, en la que se resolvió acceder a las pretensiones de la demanda."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804)	FECHA: 28/08/14
PONENTE: Stella Conto Díaz del Castillo		ACTOR: Amparo de Jesús Ramírez Suárez	
DEMANDADO: Hospital San Vicente de Paul de Lorica y otro			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la salud. Derecho de reparación integral.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 90 de la Constitución Política.

TEMA PRINCIPAL: Reparación del daño a la salud de carácter temporal, liquidación del daño a la salud y medidas de reparación integral frente al trato de la mujer en asunto médico asistencial

TEMA COMPLEMENTARIO: Falla médica: falla del servicio médico

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La parte actora impugnó parcialmente el fallo. No encontró fundamento para la negación de la indemnización por perjuicios morales al señor Nelson González Sotomayor y perjuicios fisiológicos (o a la vida en relación) de los padres de la niña no nacida. Así mismo, controvertió el hecho de que el a quo no condenara a la parte demandada al pago de las costas procesarles.

Sobre la procedencia del reconocimiento del daño a la vida en relación, la parte demandante sostuvo que en el sub lite se hace evidente que la pérdida de un hijo priva a la pareja expectante del placer que significa el arribo de un nuevo miembro de la familia y al mismo tiempo altera las relaciones familiares. Estimó, al respecto, que si la pérdida de un órgano o miembro y la esterilización sobrevinientes a un tratamiento generan el deber de indemnizar el daño a la vida en relación, con tanta o más razón se ha de indemnizar por la privación que supone la muerte de un hijo antes del parto.

Por otra parte, cuestionó las razones del a quo para declarar no probados los perjuicios morales sufridos por el señor Nelson González Sotomayor, por cuanto en el acervo probatorio figura copia del acta de defunción de la criatura, a quien se identifica con los apellidos González y Ramírez, así como copias de un artículo periodístico sobre los hechos, con aptitud para probar que el referido accionante era efectivamente, padre de la criatura en estado de gestación.

Aparte de lo anterior, la parte actora atribuye a que "*dentro de la etapa probatoria se dieron irregularidades que no permitieron la práctica, casi de todas las pruebas testimoniales y también del interrogatorio de parte*", lo que tuvo incidencia en la acreditación de la unión de hecho de los actores".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Para el efecto, la Sala, previamente, unificará la jurisprudencia respecto de la liquidación del perjuicio inmaterial en la modalidad de daño a la salud de carácter temporal, con base en una valoración cualitativa del mismo. Igualmente, respecto de la procedencia oficiosa de la declaración de medidas de reparación integral en los casos que evidencian la invisibilidad del trato requerido por la mujer en materia médico asistencial.

(...)

3.2.2 Sobre el daño a la salud

También alegan los demandantes que la muerte de la hija en gestación aunada a la más que deficiente atención recibida en el Hospital San Vicente de Paúl de Loricá, les causaron una notable alteración a la "vida en relación". Sobre este punto es necesario precisar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido poco precisas en lo concerniente al *nomen iuris* de los daños inmateriales, distintos del daño moral. En lo específicamente concerniente a los daños derivados de la lesión psicofísica, existió una cierta oscilación entre posturas que lo subsumían en conceptos globales como "daño a la vida en relación" y su reconocimiento como entidad autónoma bajo denominaciones como "daño a la salud" o "perjuicio fisiológico" o daño corporal. Así mismo, persistían las dudas respecto de la extensión y la comprensión del concepto de daño a la salud, entendiendo algunos que aquel comprendía únicamente el hecho de la perturbación psicofísica (daño evento), mientras que otros incluían dentro de él también la repercusión que la misma en las condiciones de vida de la víctima (daño consecuencia), determinadas éstas en atención a su subjetividad, gustos, aficiones y modo de vida.

Las antedichas imprecisiones que durante mucho tiempo dominaron en la jurisprudencia y la doctrina fueron superadas mediante sentencias de 14 de septiembre de 2011, en la que la Sección establece, claramente que el daño inmaterial derivado de la alteración de la salud psicofísica es una categoría jurídica autónoma, no subsumible dentro del concepto de "daño a la vida en relación" y comprensiva de aspectos diversos aspectos. En lo relativo a autonomía y no subsunción ni identificación de los conceptos de daño a la salud y "daño a la vida en relación" o "a la alteración de las condiciones de existencia".

(...)

En primer lugar, es necesario aclarar que, a la luz de la evolución jurisprudencial actual, resulta incorrecto limitar el daño a la salud al porcentaje certificado de incapacidad, esto es, a la cifra estimada por las juntas de calificación cuando se conoce. Más bien se debe avanzar hacia un entendimiento más amplio en términos de gravedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, por cualquiera de los medios probatorios aceptados, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano. Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se podrán considerar, entre otras, las siguientes variables:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- El dolor físico, considerado en sí mismo.
- El aumento del riesgo vital o a la integridad
- Las condiciones subjetivas que llevan a que una determinada clase de daño sea especialmente grave para la víctima (v. gr. pérdida de una pierna para un atleta profesional)

Prima facie, la distinción podría parecer un simple matiz, por lo que se ha de insistir en las implicaciones de esta precisión. Básicamente, se cambia de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación consiste en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria. Sobre este punto la Sala ha de insistir en que no hay en la Constitución o en la normatividad infraconstitucional fundamento alguno para constituir los dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las juntas de calificación de invalidez en prueba única e incontestable de la gravedad del daño.

Por lo demás, se ha de notar que el concepto cualitativo de alteración psicofísica tiene una mayor extensión el relacionado con el mero porcentaje de incapacidad, especialmente cuando este se entiende referido a lo meramente laboral. Esto es así porque existen circunstancias de afectación la integridad física o de limitación de funciones, cuya gravedad y aptitud para afectar la calidad de vida no se alcanzan a reflejar adecuadamente en la medición meramente cualitativa de la incapacidad. Este es el caso de lo que en algunas ocasiones se ha llamado daño estético (subsumido dentro de esta dimensión del daño a la salud) o la lesión de la función sexual, componentes del daño a la salud que muy difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad.

También se unifica la jurisprudencia en lo relativo al tema espinoso del daño temporal. En efecto, al dejarse claro que la duración del daño es factor a tener en cuenta para la tasación del mismo, se aclara que el carácter permanente de la alteración o la secuela no es requisito esencial para el reconocimiento del perjuicio a la salud. Y es que, en efecto, la Sala no encuentra razones para estimar que el daño que se ha curado o mitigado jamás tuvo lugar (falseamiento de los hechos) o, lo que es aún más peligroso, que los sujetos están obligados a soportar la afectación del bien jurídico de la salud siempre y cuando esta sea reversible. Según esta absurda hipótesis, en efecto, tendría sentido desestimar las pretensiones de

alguien que padeció una incapacidad total durante varios años y luego se recuperó, bajo el argumento de que el daño fue revertido. En esta misma línea se ha de aclarar también, que la Sala abandona definitivamente la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración grave de las condiciones de existencia. En efecto, dado que no es razonable suponer que alguien tenga el deber de soportar la alteración psicofísica de menor entidad, no existe razón para desestimar su antijuridicidad y, por tanto, su mérito indemnizatorio.

En igual sentido, se entenderá aquí que, en tanto que el concepto de salud no se limita a la ausencia de enfermedad, cabe comprender dentro de este la alteración del bienestar psicofísico debido a condiciones que, en estricto sentido, no representan una situación morbosa, como por ejemplo, la causación injustificada de dolor físico o psíquico (estados de duelo). Y es que, en efecto, el dolor físico o psíquico bien pueden constituirse, en un momento dado, en la respuesta fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecerse.

En conclusión se puede decir que se avanza a una noción más amplia del daño a la salud, que se pasa a definir en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma.

Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso *sub lite*, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que este no resulta suficientemente conclusivo.

(...)

Ahora bien, así como la realización de la cesárea es una exigencia del derecho a la salud en los casos en que la reclaman las circunstancias del embarazo o parto, su realización innecesaria o su práctica en situaciones en las que la necesidad sobreviene por una causa evitable e imputable a la entidad médica, supone siempre una vulneración del mismo derecho. Y es que es de común conocimiento que la cesárea, por una parte implica un mayor riesgo y por otra, supone una serie de complicaciones que no son propias del parto natural.

Debe tenerse en cuenta que toda intervención quirúrgica supone una serie de actos de alteración del cuerpo del paciente, como la sedación, la ruptura de membranas, entubación, punción, canalización, incisión, la sutura, etc. Después de ella, sigue necesariamente una convalecencia en la que se espera un cierto grado de dolor y malestar y en la que por definición, se limita la capacidad del paciente para realizar ciertas actividades y en algunos casos, la misma movilidad. En otras palabras, las intervenciones quirúrgicas, por su propia índole, provocan daños o afectaciones a la salud que si no se reputan antijurídicos es precisamente porque (i) son necesarios para la evitación de un mal mayor y (ii) son conocidos

y aceptados por el paciente. Sin embargo, el incumplimiento de estos requisitos hace que lo que en principio es jurídico se torne antijurídico y, por ende, no tenga que ser soportado por el paciente. En este sentido, hay que considerar que el hecho de que la operación sea innecesaria o se torne necesaria por causa imputable al prestador del servicio de salud, muta la naturaleza jurídica del acto quirúrgico.

Respecto de la naturaleza de los daños propios de la intervención quirúrgica la Sala precisa que, por regla general, esta supone la causación de una herida o cicatriz de carácter permanente, al lado de complicaciones temporales (ej. dolores, mareos, sangrado, etc.), las cuales no pierden su entidad de daño por el solo hecho de su temporalidad y, por lo tanto, son tan indemnizables como el daño de carácter permanente.

En lo concerniente a la intervención quirúrgica cesárea la Sala considera necesario añadir que esta no está llamada a sustituir al parto, medio natural de alumbramiento, siendo entonces necesario que se realice única y exclusivamente cuando existan razones médicas que lo justifiquen, esperándose, por ello, que el número global de estas intervenciones sea limitado. Lo anterior porque, como se ha dicho anteriormente, salvo en aquellos casos excepcionales en los que el parto vaginal está contraindicado, la cesárea, en tanto procedimiento quirúrgico supone un aumento del riesgo y un sometimiento a mayores complicaciones que la vía natural, algunas de las cuales tienen que ver con la fertilidad femenina y las características de los partos subsiguientes.

(...)

3.2.3 Sobre el daño a otros bienes constitucionales protegidos y medidas de reparación integral

La no subsunción del concepto de daño a la salud en los más genéricos de "daño a la vida en relación" o "alteración grave de las condiciones de existencia" no comporta sin más la limitación del daño inmaterial a los perjuicios morales y fisiológicos. Por el contrario, en repetida jurisprudencia, que aquí se reitera y unifica, se ha reconocido la posibilidad de declarar la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias en casos de lesión de otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos.

Se trata de reconocer, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) y los parientes hasta el 1º de consanguinidad o civil, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se da lugar a inferir la relación de parentesco. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "*de crianza*".

Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretando la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

En el caso concreto se ha encontrado fundamento para declarar la responsabilidad estatal y procedentes las pretensiones, pero no solo eso, la Sala encuentra motivos para ordenar la adopción de medidas adicionales de reparación integral, en la medida en que este evidencia la proyección de una actitud de invisibilidad a la condición físico-anímica de la mujer, y por lo tanto, una forma de discriminación ajena al Estado Social de Derecho.

En efecto, la Sala advierte que el caso sub lite, lejos de constituir un episodio aislado, se inserta dentro de un patrón reiterado de deficiencias en la atención ginecoobstétrica, que evidencia una actitud de invisibilidad e indiferencia frente a la atención propia de la salud sexual y reproductiva, rezago de un modelo patriarcal y de discriminación por motivo de género. En efecto, de la revisión de las cifras oficiales de mortalidad y morbilidad materna y perinatal es dable concluir que el país presenta serios problemas en sus estándares de atención en ginecología y obstetricia acentuadas en determinadas regiones.

(...)

A las anteriores consideraciones hay que añadir que gran parte de los casos propios de la ginecología y la obstetricia no corresponden a situaciones patológicas. En efecto, además de las enfermedades propias del aparato reproductor femenino, la ginecología y la obstetricia tienen por objeto los procesos naturales del embarazo y el parto. No siendo estos eventos patológicos, lo razonable es pensar que su resultado no será la muerte o enfermedad de la madre, tampoco de la criatura esperada. En tal sentido, en muchos (aunque claramente no en todos) de los casos en que se alega la falla médica en ginecología y obstetricia, el desenlace dañoso refleja una mayor irregularidad.

(...)

A lo anterior, hay añadir que el descuido de la atención ginecológica no solamente no se compagina con la dignidad de la mujer, sino que, en los casos con un componente obstétrico, también resulta seriamente lesivo de los derechos del ser humano esperado y recién nacido. No se olvide, a este respecto, que el obstetra se pone en contacto con el ser humano desde la concepción y que las complicaciones en la gestación, el parto y el puerperio bien pueden repercutir indeleblemente en la vida de una persona.

Por todo lo anterior, la Sala acoge jurisprudencia sobre la pertinencia de la aplicación de medidas de reparación integral en los casos en los que se echa de menos el trato que la mujer requiere por su propia condición, lo que evidencia la discriminación género y, por lo tanto, condenará a ofrecer excusas a los demandantes en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre que los mismos así lo consientan y a establecer un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia.

(...)

4.1. Daño a la salud

(...)

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

Gráfico Reparación del daño a la salud	
Regla general	
Gravedad de la lesión	Víctima directa smlmv
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima.

(...)

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 smlmv. Este cuántum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas. En conclusión, la liquidación del daño a la salud se efectuará conforme a la siguiente tabla:

Gráfico Reparación del daño a la salud	
Concepto	Cuantía máxima smlmv
Regla general	100
Regla de excepción	400

Con relación a los parámetros anteriores, se aclara que ellos son excluyentes y no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida no podrá superar el límite de 400 smlmv.

Ahora bien, es menester aclarar que los porcentajes antedichos son indicativos de gravedad, por lo que pueden traducir a categorías cualitativas. De ahí que los porcentajes iguales o superiores se pueden entender como daños cualitativamente graves e intensos, mientras que los de menor porcentaje se entenderán de mayor gravedad. Esto permite atenerse a los criterios porcentuales antedichos, aun cuando se carezca de un valor certificado."

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre 2011, Rad.: 19031 y 38222, C. P.: Enrique Gil Botero; José Botella Llusía y José A. Clavero Núñez, "*Tratado de Ginecología*", Madrid, Ediciones Díaz de Santos S.A, 1993, pág. 667; Luis Carbero Roura y Donato Saldivar Rodríguez, "*Operatoria Obstétrica: una visión actual*", México, Editorial Médica Panamericana, 2009, pág. 235.

DECISIÓN:

"PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 27 de mayo de 2004 por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

SEGUNDO. DECLARAR al Hospital San Vicente de Paúl de Lorica administrativamente responsable por los daños causados a los demandantes

TERCERO. CONDENAR al Hospital San Vicente de Paúl de Lorica a pagar a la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez la suma equivalente a noventa punto ochenta y nueve (90.89) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento del pago y al señor Alejandro Saibis Jiménez la suma equivalente a cien (100) smlmv, a título de daños morales.

CUARTO. CONDENAR al Hospital San Vicente de Paul de Lorica a pagar a la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez la suma equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes y al señor Nelson González Sotomayor la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a título de daño a la salud.

QUINTO. ORDENAR al Hospital San Vicente de Paúl de Lorica a ofrecer excusas a los demandantes en una ceremonia privada que deberá efectuarse dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de este fallo, siempre los mismos así lo consientan.

SEXTO. ORDENAR al Hospital San Vicente de Paúl de Lorica establecer un *link* en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia.

SÉPTIMO. ORDENAR al Hospital San Vicente de Paúl de Lorica diseñar políticas institucionales para la optimización de la prestación del servicio de ginecología y obstetricia y así minimizar los eventos de muerte perinatal.

OCTAVO. HACER CONOCER esta providencia a la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de que se promueva ante las instancias gubernamentales políticas que optimicen la prestación de la atención en gineco-obstetricia que minimicen los eventos de muerte perinatal y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para incluya la decisión en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"

1. *La señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez y el señor Nelson González Sotomayor, unieron libremente sus vidas, y de esa unión, con gran ilusión y a través de esfuerzos y bajo cuidado médico, procrearon y engendraron una criatura con la gran expectativa de que naciera viva y saludable, y se convirtiera así en un gran motivo de felicidad, en la formación de un hogar, lo cual les daba el gran sentido de vivir y de seguir progresando en la unión espiritual y física que habían formado.*

2. *El embarazo de la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez, le fue diagnosticado por exámenes médicos realizados a través de la entidad promotora de salud, IPS Saludcoop de Lorica, mediante los cuales se le determinó que el parto podía darse entre los meses de junio y julio de 1999.*
3. *Su embarazo transcurrió en forma normal, fue tratada en varias oportunidades por médicos de la IPS Saludcoop de Lorica, con el fin de preservar el buen proceso de gestación, y según la historia clínica llevada en dicha institución, el embarazo y el proceso de gestación transcurrió en forma normal, lo que tranquilizaba a los futuros padres.*
4. *El día 13 de julio de 1999, la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez, sufrió de forma intensa dolores de parto, después de transcurridos nueve meses de embarazo aproximadamente. Con la ayuda de su compañero fue llevada a la ESE Hospital San Vicente de Paúl de Lorica, como afiliada a la IPS Saludcoop de Lorica, para que fuera atendida en forma digna y urgente por los dolores y contracciones que padecía, y además porque le había costado mucho engendrar la criatura que estaba por nacer y era el anhelo traerla al mundo en la mejor forma.*
5. *Ese día 13 de julio de 1999, llegaron al Hospital a las 6:30 p.m., aproximadamente, y fue atendida la gestante en primer lugar por el médico Héctor Segundo González, quien diagnosticó que la paciente no había entrado en trabajo de parto, sin practicarle examen alguno, y así consta en la historia clínica. Con base en este concepto, ordenó a su compañero que se la llevara a casa y la regresara a las 8:00 a. m., del siguiente día catorce (14) de julio de 1999. Sin embargo, ellos hicieron caso omiso a lo ordenado por el médico y siguieron deambulando por los pasillos del Hospital buscando auxilio de otros médicos y hospitalización, debido a que los dolores de parto se intensificaban y la gestante presentaba contracciones cada tres minutos. Ante la insensibilidad de médicos y enfermeros, los compañeros permanentes se fueron a su casa y es de notar que a pesar de las dificultades que enfrentaban no fue hospitalizada, lo cual tampoco aparece en la historia clínica.*
6. *Al siguiente día 14 de julio de 1999, madrugaron y a las 6:30 a. m. se encontraban nuevamente en el Hospital, pues la gestante no pudo dormir en la noche, esperando ansiosamente ser atendida por el obstetra o un ginecólogo; pero no sucedió así, y en vez de ser remitida la señora Amparo Ramírez Suárez a la sala de partos y ser puesta en manos de un especialista, por sus propios medios tuvieron que dirigirse a urgencias y ponerse en manos de un médico general de nombre Jesús Eduardo Martínez Nieves, para que la reconociera y diera una respuesta que llenara sus expectativas, y el cual dijo que la gestante estaba dilatando, hecho que ocurrió a las 7:15 a.m., aproximadamente. Tampoco aparece en la historia clínica que la paciente fue atendida por un médico especialista en ginecología y obstetricia, como debía hacerse.*
7. *Posteriormente, después que el médico salió de la pieza de urgencias donde observó a la gestante, a eso de las 7:30 a. m., el señor Nelson González atendiendo un llamado de su señora entró a la pieza y observó un charco de sangre producto de una hemorragia que se le desató a su compañera permanente en esos momentos y que se le continuó casi permanentemente por el resto del día.*

Ante tal situación desesperante y angustiada el señor Nelson González Sotomayor salió corriendo en busca de ayuda del médico de turno, un empleado que trabajaba como cajero auxiliar en la sala de urgencias de nombre José Fuentes, y al ver la angustia del señor Nelson González y la penosa situación de su compañera, también trató de interceder ante el médico de turno, Dr. Ulises Sánchez Gene, quien a pesar de los ruegos, no le dio importancia a la situación, y solamente

dijo que no podía interceder porque respetaba el diagnóstico de su colega (el segundo médico, Eduardo Martínez Nieves, quien había dicho que la paciente estaba dilatando), actitud que tampoco consulta con los fines humanistas del ejercicio médico, y se limitó a decir que esa hemorragia era normal y que no iba a reconocer a nadie que un colega de él había reconocido, que tal vez la reconocería a las 11 a.m. de ese día, que se llevara a la gestante a la casa, y volviera cuando hubiese dilatado lo suficiente porque el Hospital así no aceptaba hospitalizaciones ya que su señora en ese estado iba a incomodar a las demás pacientes, como si no tuviera derecho a ser atendida en forma digna, eficiente y oportuna.

8. *El señor Nelson González Sotomayor, como es entendible, hizo caso omiso a la nueva orden inhumana e incomprensible, volvió angustiadamente al lugar de urgencias donde estaba su compañera encontrándola de pie sobre un charco de sangre y líquido amniótico que emanaba de la hemorragia que padecía y corría por sus piernas, acompañada de grumos y pedacitos de pellejos, sin que ningún empleado de dicho centro hospitalario se condoliera de la paciente, y solamente su compañero permanente la limpió tratando de detener la hemorragia con una toalla que tuvo que salir a comprar en una droguería, porque el hospital tampoco se la facilitó.*
9. *A las 10:00 a.m., del mismo día, acudió nuevamente el desconsolado compañero de Amparo Ramírez Suárez donde el Dr. Ulises Sánchez (médico de turno) porque su señora no aguantaba más los dolores, y la hemorragia que le estaba produciendo palidez. El médico ya molesto por tanta insistencia, le dijo al señor González que iba a atender a la gestante "para que después no estuviese hablando y molestando".*

El médico la observó en la pieza donde le empezó la hemorragia, y en un minuto salió y le manifestó a su compañero que la iba a hospitalizar (ya consciente de la gravedad de la situación), y al fin, aunque muy demasiado tarde (sic) fue remitida a la pieza de maternidad, y allí donde se esperaba la intervención rápida del profesional o de otro médico, nuevamente fue abandonada a la suerte. Después de esperar varios minutos de ser remitida, la gestante salió de la pieza de maternidad, haciendo un gran esfuerzo, y le imploró a su compañero que buscar o hiciera lo que sea porque ella no aguantaba más el desespero, los dolores y la hemorragia que se hacía más intensa. Insistiendo otra vez, el señor González buscó ayuda y le manifestó a una enfermera que su señora era afiliada de Saludcoop, y la enfermera contestó simplemente que buscara un ginecólogo adscrito a la IPS, lo que resulta paradójico pues era el hospital el prestatario de los servicios médicos y Saludcoop le pagaba por ese servicio.

10. *A las 4:50 p.m., de ese mismo día 14 de julio, la gestante en un acto de gran angustia se dirigió a la enfermera de maternidad y le pidió ayuda diciéndole que no sentía a la criatura, que la hemorragia no se le paraba y ella temía perder a su bebé (además también peligraba su vida), la enfermera acudió a donde una doctora de nombre Mercedes Mangonez Rodríguez, llamada "Michele", quien se dio cuenta que la criatura aparentemente estaba muerta, y de una vez buscó la intervención de un cirujano de nombre Manuel Negrete, quien acudió al llamado y se apersonó de la situación, y puso todo su empeño, ya no para salvar la vida de la criatura, sino la de la madre, que estaba en gran peligro. Según el médico para la práctica de la operación se presentaban varios inconvenientes, principalmente que no había un sitio adecuado en el quirófano para iniciar la cirugía por la gran contaminación existente, y que tal vez fuera necesario remitir a la paciente a la capital, de Montería (sic), pero que se corría riesgo de que la señora Amparo Ramírez perdiera la vida en el viaje. Con todos los riesgos el profesional, siendo el único que dio muestras de ética médica, practicó*

la operación en el quirófano del hospital, logrando salvarle la vida a la señora Amparo, pero con el infortunio de extracción de la bebé sin vida, producto de la deshumanización e ineficiencia del servicio de salud prestado por la ESE Hospital San Vicente de Paúl de Lórica. Como podemos ver solamente la gestante vino a ser atendida y operada entre las 6:30 p.m., y 7: 20 p.m., del día 14 de julio de 1999, habiéndose presentado para que fuera atendida y hospitalizada a las 6:30 del día anterior, 13 de julio de 1999.

11. *De todo lo expuesto, se le revela la falla protuberante del servicio médico de la administración hospitalaria, que entre otras cosas es presunta, y que para el presente caso, la responsabilidad médica en obstetricia es de resultado, criterio sentado por la jurisprudencia contencioso administrativa. De todos los hechos brota la configuración del daño antijurídico, derivado de tal falla, por lo que hace procedente una justa compensación o indemnización de los perjuicios causados, que corresponden a morales y sobre todo, a los de placer, a la vida en relación o desmejoramiento en la calidad de existencia, llamados también en principio por la jurisprudencia administrativa "fisiológicos".*
12. *[...] Amparo de Jesús Ramírez Suárez y el señor Nelson González Sotomayor, contaban para la fecha de los hechos con las edades de 34 y 49 años, respectivamente.*

[...]

13. *El señor Nelson González Sotomayor hace vida marital, en unión permanente, con la señora Amparo de Jesús Ramírez Suárez, de cuya unión se engendró la criatura o bebé perdida por falla médica".*

"El 22 de junio de 2001, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, los señores Amparo de Jesús Ramírez Suárez y Nelson González Sotomayor impetraron se declare la responsabilidad estatal del Hospital San Vicente de Paúl de Lórica, Córdoba por la muerte de su hija por nacer".

DECISIÓN:

"Mediante sentencia de 27 de mayo de 2004, el Tribunal Administrativo de Córdoba encontró no probada la excepción de caducidad invocada por la parte demandada, declaró la responsabilidad del Hospital San Vicente de Paúl de Lórica, por la muerte *in utero* de la hija de los demandantes, ordenó una indemnización de 90.89 smlmv a favor de la señora Ramírez Suárez a título de daños morales por la muerte de la hija en estado fetal y negó las demás pretensiones."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 66001-23-31-000-2001-00731-01{26251}	FECHA: 28/08/14
PONENTE: Jaime Orlando Santofimio Gamboa		ACTOR: Ana Rita Alarcón vda. de Gutiérrez y otros	
DEMANDADO: Municipio de Pereira			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de muerte.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículos 44, 45, 90 y 93 de la Constitución Política; artículo 631 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 3.3 y 25 de la Convención sobre los Derechos de los Niños; artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

TEMA PRINCIPAL: Daño inmaterial por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados: medidas de satisfacción no pecuniarias.

TEMA COMPLEMENTARIO: Copias simples: valor probatorio. Prueba trasladada. Principio de imputabilidad. Régimen de responsabilidad de los centros de reeducación y resocialización de menores: incumplimiento de los deberes de custodia, seguridad y vigilancia.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Contra lo así decidido se alzó la parte demandante mediante escrito presentado el 24 de octubre de 2003. El apoderado expuso los motivos de disenso en los siguientes términos:

1. Hace alusión a la obligación de seguridad indicando que en el caso de las personas privadas de la libertad, el Estado asume la obligación de regresarlas al seno de la sociedad en las mismas o similares condiciones de salud en las que ingresó al centro de reclusión, por eso asumen una obligación de seguridad que es de resultado y no de medio, salvo que se demuestre un hecho eximente de la responsabilidad. Concluyendo que en el caso del menor Iván Ramiro Londoño, se incumplió tal obligación.

2. Seguidamente, realiza un recuento de las pruebas recaudadas (documentales y testimoniales), manifestando que del testimonio de la docente Carmen Rentería se evidencia que las condiciones de seguridad no se cumplía en el Marceliano Ossa, porque allí las evasiones eran a diario, sin que la institución demostrara que después de las fugas, se hubieran tomado medidas para evitar dichas anomalías y por el contrario, lo que se demuestra es que el comportamiento del ente municipal estimulaba la idea de evasión en los menores, ya que no se tomaban medidas correctivas para evitar las fugas. Por lo tanto, el deber de protección no se cumplió en el aspecto de la custodia y vigilancia constante de los menores, es decir, se presentó una conducta irregular por omisión. Por otra parte, del testimonio de Juan Guillermo Ramírez, resalta que el educador manifiesta que se habían hecho aproximadamente cinco motines y en el que se fugó el menor Londoño, los amotinados se escaparon metiéndole una toalla al candado y de un golpe seco lo reventaron, circunstancia que lleva a concluir que no puede haber excusa para el ente municipal y por el contrario, se encuentra demostrado su apatía a implementar medidas efectivas de seguridad.

3. Por otro lado, recurre a la teoría de la responsabilidad por inactividad material, la cual se asimila a lo que en penal se llama, tipos de comisión por omisión, donde la responsabilidad le es imputable al Estado cuando este tenga la posición de garante, se haya producido un resultado dañoso y la entidad haya tenido la posibilidad de evitar el daño. Condiciones estas que en el sentir de los demandantes, están presentes en los hechos que rodearon la muerte del joven Iván Ramiro Londoño.

4. Finalmente, analiza algunos de los artículos del código del menor, precisando que el ente estatal debe brindar una protección especial al menor, la cual se extiende hasta impedirle, con medios coercitivos entre otros, la evasión. Por lo tanto, pretender, como lo hace la entidad, excusar su negligencia e ineficiencia en tal legislación es una falacia. Ni la ley del menor, ni las reglas mínimas de las Naciones Unidas, ni las convenciones, ni resoluciones adoptadas por Colombia para su tratamiento, contienen las prohibiciones expuestas por el centro de reclusión Marceliano Ossa.

5. Concluye diciendo, que si el Estado con su negligencia permitió la evasión del menor, en especial por la falta de medidas medianas de seguridad, es apenas natural y obvio que se deduzca la responsabilidad por el daño causado."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"5. Imputación de responsabilidad.

5.1 Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización" de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, estos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos". Como bien se sostiene en la doctrina, la *"responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público"*.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo (...).

En cuanto a la imputación, exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio -simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los criterios de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la "superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen".

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la reparación del daño antijurídico cabe atribuirse al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las "*estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas*".

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por los criterios de la imputación objetiva que "*parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones*". Siendo esto así, los criterios de imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrecen estos criterios, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta".

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de "*excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que estos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*". Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no.

(...)

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre la posición de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante".

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a "una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse [...] que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales", y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede aplicar la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no aplicarse la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si se acogen los criterios del riesgo excepcional.

[...]

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

5.2. Régimen de responsabilidad de los centros de reeducación y resocialización de menores por incumplimiento de los deberes de custodia, seguridad y vigilancia.

Las instituciones que tienen a su cargo menores infractores de la ley, tienen el deber de cumplir con las obligaciones de custodia, seguridad y vigilancia, garantizando de esta manera que el niño (a) o adolescente, logre reeducarse y resocializarse para así reintegrarse a la sociedad y cumpla a cabalidad los deberes que se le imponen en los diferentes ámbitos de la vida social, infringir esto significa contrariar el ordenamiento jurídico colombiano y habrá lugar a reparar los daños que se causen a los ciudadanos con dicho comportamiento.

En este orden de ideas, es precisamente dentro del marco constitucional y legal que se encaja el deber de vigilancia y custodia de los establecimientos educativos y la posición de garante que ostentan estos respecto de los alumnos a su cargo.

[...]

Finalmente, las obligaciones del centro de reeducación inician desde el momento en que el menor ingresa a las instalaciones del mismo por orden de autoridad competente y finalizan en el momento en que egresa de la institución previa decisión judicial, teniendo en cuenta que los deberes no sólo se circunscriben a garantizar la seguridad del joven dentro de la institución, sino también a vigilar el proceso de reeducación y resocialización, lo cual permite afirmar que se cumplió íntegramente con los compromisos adquiridos por parte del Estado con la sociedad y los familiares del joven infractor a través de este tipo de instituciones.

(...)

...por tratarse de un menor adicto a sustancias alucinógenas, el Centro de Reeducación debió tomar específicas y especiales medidas de protección sobre el joven en desarrollo del principio del interés superior del menor, teniendo en cuenta todas las variantes señaladas, deber que no fue cumplido por parte de la institución.

Contrario a lo dicho, se observa que ni en la entidad ni sobre el menor existían medidas especiales de seguridad, las cuales permitieran contrarrestar comportamientos inadecuados de los jóvenes allí reclusos.

(...)

Así pues, sea del caso reiterar que le correspondía a la dirección del centro de reeducación verificar y coordinar el cumplimiento de la legislación del menor (Decreto 2737 de 1989), la cual establecía que los objetivos de la Policía de Menores estaban orientados prioritariamente a defender, educar y proteger al menor y a brindar el apoyo a los organismos destinados o autorizados por el Estado para el cumplimiento de las medidas adoptadas para el tratamiento de los menores, por tanto, la principal función de los agentes estaba y está encaminada a proteger y apoyar al menor, sin llegar a la fuerza para la consecución de los fines antes señalados.

Lo dicho no obsta, para que en caso de presentarse hechos que pongan en riesgo la vida de los jóvenes o de terceras personas, pueda recurrirse a medidas persuasivas que permitan la neutralización de menores que busquen atentar contra el orden público.

(...)

Adicionalmente, el municipio de Pereira tenía el deber de verificar y coordinar el cumplimiento de estas obligaciones al interior del centro de reeducación, ya que su inacción o el uso excesivo de la fuerza puede causar perjuicios a los jóvenes los cuales deben ser reparados por el Estado al tener este el deber de custodia, vigilancia y seguridad.

(...)

No obstante, frente a la conducta del menor es importante advertir que su condición, aunada a la situación de psicodependiente que el niño reportaba, lo convierte en una persona cuyo grado de atención y seguridad se eleva por cuanto "la adicción a sustancias psicoactivas es una enfermedad que afecta la salud mental de las personas". De manera que su conducta era conocida por el centro de reeducación y no puede asemejarse a un incumplimiento de los deberes sociales, por el contrario, tal hecho obliga a la entidad demandada a prever que circunstancias como la acaecida se presenten y a adoptar todas las medidas de seguridad y protección que en estos eventos son previsibles.

(...)

Con fundamento en lo anterior, la Sala reitera que se evidencia una falla en el servicio por incumplimiento de obligaciones preestablecidas en el ordenamiento jurídico por parte del Municipio de Pereira, el cual faltó a sus deberes e incumplió la obligación de seguridad a su cargo, deberes normativos objetivos impuestos por la Carta Política (Artículo 2), las normas consagradas en el Decreto 2737 de 1989 y los convenios internacionales, especialmente se vulneró la Convención sobre los Derechos de los Niños en sus artículos 3.3 y 25.

(...)

6. Tasación de perjuicios.

6.1 Perjuicios Materiales.

(...)

Es por esto, que sobre el lucro cesante debe aclararse que este no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso, de manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso, exigencias que evidentemente no se cumplen en el *sub judice*.

(...)

6.2. Perjuicios morales (Unificación jurisprudencial).

Sea lo primero señalar, que procede la Sala a unificar la jurisprudencia en materia de reparación de perjuicios inmateriales; lo anterior, por cuanto la Sección considera necesario y oportuno determinar los criterios generales que se deben tener en cuenta para la liquidación del mencionado perjuicio.

(...)

Así las cosas, tenemos que el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

En consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 smlmv.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

Gráfico 1. Reparación del daño moral en caso de muerte

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relaciones afectivas conyugales y paternofiliales	Relación afectiva del segundo grado de consanguinidad (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del tercer grado de consanguinidad o civil	Relación afectiva del cuarto grado de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

En casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este cuántum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

Así pues, en el *sub judice* el reconocimiento se hará de acuerdo con la relación afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

(...)

6.3. Perjuicios por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. (Unificación jurisprudencial)

De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "*de crianza*".

Reparación no pecuniaria		
Afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados		
Criterio	Tipo de Medida	Modulación
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	Medidas de reparación integral no pecuniarias.	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 smlmv, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este cuántum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

Indemnización excepcional exclusiva para la víctima directa		
Criterio	Cuantía	Modulación de la cuantía
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecuniarias satisfactorias.	Hasta 100 smlmv	En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este cuántum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

6.4. Medidas de reparación no pecuniarias (Unificación jurisprudencial)

Al respecto, la Sala considera que en el sub examine se precisa la reparación integral mediante *medidas de reparación no pecuniarias*, teniendo en cuenta la relevancia del caso, por cuanto se trata de afectación al interés superior del menor, y ante la gravedad de los hechos debatidos, consistentes en la inobservancia de los deberes de custodia, vigilancia y cuidado.

[...]

La Sala estudia si procede en el presente caso ordenar medidas de reparación no pecuniarias, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso y las afectaciones a las que fue sometida la víctima [...], que generaron la violación de los artículos 1, 2, 8.1, 11,

16 y 42 de la Carta Política, 1.1, 2, 3, 4, 5, 19, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así mismo, se observa que para la consideración de este tipo de medidas la base constitucional se desprende los artículos 90 y 93 de la Carta Política, la base legal del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, y para garantizar el derecho a la reparación integral de la víctima, se tiene en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la "restitutio in integrum", máxime cuando existe la vulneración del derecho internacional de los derechos humanos, para el caso específico de un menor de edad.

Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de "medidas de reparación no pecuniarias", con el objeto de responder al "principio de indemnidad" y a la "restitutio in integrum", que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: (1) *la realización, dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por parte del Municipio de Pereira - Centro de Reeducación Marceliano Ossa, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad dentro de los hechos en que resultó fallecido el Menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez y; (2) la colocación de una placa en un lugar visible de las instalaciones de la institución, que permita recordar y conmemorar los hechos ocurridos"*.

FUENTES: Artículos 44, 45 y 90 de la Constitución Política; Convención Interamericana de Derechos Humanos; Resolución 60/147 de las Naciones Unidas; entre otras; Decreto 2737 de 1989; Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de septiembre de 2004, Rad.: 14869, C. P.: Nora Cecilia Gómez Molina; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de febrero de 2010, Rad.: 38382; C. P.: Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012 y 23 de agosto de 2012, Rad.: 21515 y 24392, C. P.: Hernán Andrade Rincón;

DECISIÓN:

"REVÓQUESE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de [sic] [sic] Risaralda el 15 de octubre de 2003 y, en su lugar **DISPÓNGASE:**

PRIMERO. DECLÁRESE la responsabilidad del Municipio de Pereira, por la muerte del menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, ocurrida el 25 de abril de 2000.

SEGUNDO. CONDÉNESE al Municipio de Pereira a pagar por concepto de perjuicios morales a cada uno de los demandantes el equivalente en suma de dinero, así:

NIVEL	DEMANDANTE	smlmv (100%)
Nivel 1	María Del Carmen Gutiérrez Alarcón (Madre)	100 smlmv
Nivel 1	Jesús Antonio Acevedo (Padrastró)	100 smlmv
Nivel 2	José Ferney Londoño Gutiérrez (Hermano)	50 smlmv
Nivel 2	Erika Yessenia Acevedo Gutiérrez (Hermana)	50 smlmv
Nivel 2	Norma Liliana Acevedo Gutiérrez (Hermana)	50 smlmv
Nivel 2	Ana Rita Alarcón Viuda de Gutiérrez (Abuela)	50 smlmv

TERCERO. ORDENAR al municipio de Pereira en cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales de reparación integral las siguientes medidas de reparación no pecuniarias: *[1] la realización, dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por parte del Municipio de Pereira - Centro de Reeducación Marceliano Ossa, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad dentro de los hechos en que resultó fallecido el Menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez y; [2] la colocación de una placa en un lugar visible de las instalaciones de la institución, que permita recordar y conmemorar los hechos ocurridos*."

CUARTO. Se niegan las demás pretensiones de la demanda. Y se condena a "La Previsora S. A." a reembolsar las sumas a las que fue condenado el Municipio.

QUINTO. UNIFICAR la jurisprudencia de la Sala en cuanto a la reparación de los perjuicios inmateriales, concretamente sobre i) el perjuicio moral - el perjuicio moral en caso de muerte y ii) el perjuicio por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

SEXTO. PONER EN CONOCIMIENTO el contenido del presente fallo, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Defensoría del Pueblo, con el fin que en el campo de sus competencias realicen las acciones preventivas y correctivas pertinentes."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

1. Que el menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez era hijo de María del Carmen Gutiérrez y Argemiro Londoño López, quienes también tuvieron a su vez a José Ferney Londoño Gutiérrez (hermano del menor). Por otra parte, de la unión libre de María del Carmen con Jesús Antonio Acevedo (padrastro), nacieron Erika Yessenia y Norma Liliana Acevedo Gutiérrez (hermanas del menor) y otros parientes como: Ana Rita Alarcón vda. de Gutiérrez (abuela), José Jesús, Blanca, María Ceneth y Doralba Gutiérrez Alarcón (tíos).
2. Que el menor Iván Ramiro era infractor de la ley penal, consumía sustancias psicoactivas y desde el año 1998 tenía problemas de comportamiento, razón por la cual se le impuso medida de protección de libertad asistida, medida que fue incumplida por el joven al no vincularse a un programa que lo ayudara a superar su adicción y que le proporcionara tratamiento a sus problemas de comportamiento.
3. Que el día 3 de enero de 2000 el menor Iván Ramiro fue sindicado de haber cometido el delito de porte ilegal de armas, motivo por el cual se ordenó su reclusión en el Centro de Reeducación "Marceliano Ossa", institución que no le brindó el tratamiento adecuado, ni ejecutó las medidas de protección necesarias, teniendo en cuenta su especial condición de menor infractor y consumidor de sustancias alucinógenas.
4. Pese a la información recibida por la educadora Carmen Consuelo Rentería sobre las intenciones de fuga del menor Iván Ramiro, la institución de reeducación "Marceliano Ossa" no adoptó las medidas anteriores o concomitantes necesarias para evitar la concreción del hecho (precaución y prevención de la fuga).
5. El Centro de Reeducación "Marceliano Ossa", contaba con 8 agentes de policía y el Código del Menor establecía 11 unidades policiales en este tipo de instituciones, situación esta que evidencia un descuido por parte de las directivas del Centro de Reeducación en tanto era su obligación velar porque el servicio policial fuera completo y eficaz.
6. El día 23 de abril de 2000 un grupo de jóvenes del centro de reeducación, entre los cuales se encontraba Iván Ramiro, se amotinaron y se evadieron de la institución en horas de la noche.

7. De acuerdo con los testimonios obrantes en el plenario los agentes de policía salieron a perseguir a los menores evadidos, sin que repose en el acervo probatorio resultados informativos sobre esta búsqueda. Hecho de por sí indicativo de irregularidad en el procedimiento y que permite a la Sala llegar a esta conclusión.
8. Después de la evasión, existiendo la obligación de mantener la búsqueda, el joven Iván Ramiro Londoño murió el día 25 de abril de 2000, según el registro, en el municipio de Marsella (Risaralda), como causa del deceso ahogamiento.
9. Así mismo los testimonios reflejan que el cadáver fue encontrado a la orilla del río Otún y, enterrado como N.N., esto es sin ser identificado, en el cementerio de Marsella (Risaralda). Indicativo de que la búsqueda se suspendió, no se adelantó y contribuyó al deceso, a pesar de tratarse de un menor de edad en especial situación de peligro. Es de anotar que no reposa en el expediente acta de levantamiento del cadáver, ni necropsia que permita establecer con certeza las causas de la muerte, lo que también es indicativo de irregularidades en el procedimiento adelantado.
10. Que la familia del menor no fue oportunamente informada de los hechos acontecidos, pero una vez tuvo conocimiento se vio obligada a realizar las labores de búsqueda por sus propios medios. Búsqueda que arrojó como resultado la información sobre el sitio donde estaba enterrado el menor. Luego de lo cual, procedió a la exhumación del cuerpo.
11. Resalta la Sala, que frente a los hechos anteriores no se adelantaron las investigaciones administrativas y penales por parte de las autoridades municipales (el centro de reeducación), policiales ni judiciales. Situación esta que es calificada como un hecho grave.
12. Así las cosas, en el caso de autos quedó acreditado que el menor Iván Ramiro era una persona complicada, con problemas psicológicos y de adicción, que pese a su situación no recibió de las autoridades la protección, asistencia y seguridad que su especial condición requería. Omisión esta que contribuyó en la concreción de la fuga y su posterior muerte, se itera, sin que se efectuaran los correspondientes informes tanto a las autoridades como a los familiares, hecho que la Sala califica como grave e indicativo de irregularidades dentro del procedimiento adelantado."

"El menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, estuvo internado en el centro de reeducación "Marcelino Ossa" de la ciudad de Pereira, desde el día 7 de diciembre de 1998 hasta el 23 de abril de 2000, cuando murió ahogado en las aguas del río Otún, después de haberse escapado del centro de reeducación, en el cual se encontraba internado".

"El día 3 de agosto de 2001 presentaron demanda de reparación directa los señores José Ferney Londoño Gutiérrez (hermano), María del Carmen Gutiérrez Alarcón (mamá), mayor de edad, actuando en nombre propio y en representación de sus hijas menores de edad Erika Yessenia y Norma Liliana Acevedo Gutiérrez (hermanas), Jesús Antonio Acevedo (padastro), Ana Rita Alarcón vda. de Gutiérrez (abuela), José Jesús, Blanca, Doralba y María Ceneth Gutiérrez Alarcón (tíos), mayores de edad, obrando por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C. C. A., para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

"Declárese al Municipio de Pereira, representado por su alcalde municipal Martha Helena Bedoya y/o quien haga sus veces, administrativamente responsable de la muerte del menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez y por consiguiente responda de la totalidad de daños y perjuicios (materiales y morales) ocasionados a José Ferney Londoño Gutiérrez, María del Carmen Gutiérrez Alarcón, Erika Yessenia y Norma Liliana Acevedo Gutiérrez, Jesús Antonio Acevedo, Ana Rita Alarcón vda. De Gutiérrez, José Jesús, Blanca, Doralba y María Ceneth Gutiérrez Alarcón".

DECISIÓN:

"El Tribunal Administrativo del Risaralda mediante sentencia del 15 de octubre de 2003, negó las pretensiones de la demanda. Para tomar esta decisión, el a quo tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

"Pero, en el caso que se tiene entre manos, la muerte del menor no tuvo ocurrencia dentro del lugar de reclusión. Su fallecimiento es un misterio, lo único que se conoce es que ocurrió por fuera del lugar donde aparecía recluido, y que ello vino a darse con posterioridad a cometer un hecho delictivo: se fugó del centro de rehabilitación (Art. 448 Código Penal). Ello, de por sí, está marcado que en su ocurrencia no tuvo incidencia la entidad estatal demandada, suponiendo que el menor se lanzó a las aguas del río Otún huyendo, que se resbaló y fue a caer a su cauce, para no especular con otras hipótesis viables, si se tiene en cuenta, se repite, que no se tiene certeza de que fue lo que efectivamente ocurrió, pues sencillamente en el plenario sólo se encuentra a folio 15 el certificado de defunción expedido por el Notario Único de Marsella, dando fe de que en ese municipio (los hechos se dieron en Pereira) falleció Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, el 25 de abril de 2000 (los sucesos en esta capital fueron el 23). En dicho documento no dice, como tampoco en algún otro, cuáles fueron las causas del deceso."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 07001-23-31-000-2008-00090-01{37747}	FECHA: 24/11/14
PONENTE: Enrique Gil Botero		ACTOR: Bernabé Cuadros Contreras y otros	
DEMANDADO: Nación – Fiscalía General de la Nación			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Daños y perjuicios reconocidos con ocasión de privación injusta de la libertad.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículos 59, 61 y 65 de la Ley 23 de 1991.

TEMA PRINCIPAL: Acuerdos conciliatorios: inexistencia de porcentajes vinculantes y posibilidad del juez para aprobarlos parcialmente. Patria potestad en el trámite de la conciliación: ejercicio.

TEMA COMPLEMENTARIO: Contrato y convención: diferencias. Contrato de mandato. La representación. Acto de apoderamiento.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La parte demandante interpuso recurso de apelación con fundamento en que el Tribunal no concedió perjuicios morales al padre de Bernabé Cuadros Contreras porque no encontró probado el parentesco; el recurrente no comparte la decisión pues asegura que el registro civil de nacimiento del señor Bernabé, el cual obra a folio 399 del cuaderno 1, es prueba suficiente para acreditar la calidad padre-hijo. Además, solicita corregir el yerro aritmético cometido en el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia, pues la cifra en letras es inferior a la cifra en números, y acude al principio de que las dudas se deben definir favorablemente a favor de las víctimas, para que se conceda el valor superior.

De otro lado, la Fiscalía General de la Nación apeló la decisión del a quo respecto a la imputación de responsabilidad, argumentando que no hay lugar a la misma, por cuanto la privación de la libertad del demandante no se puede tildar de "injusta" pues estuvo fundamentada en serios elementos probatorios allegados al proceso penal. Además, plantea que el sindicado tenía el deber jurídico de soportar la acción de la justicia, en tanto esta se enmarcó dentro de la legalidad".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Es preciso señalar que la Sala reitera, en esta ocasión, la importancia de que el juez del acuerdo conciliatorio en materia contencioso administrativa, es decir, el encargado de homologar la conciliación –prejudicial o judicial– ejerza un control estricto sobre aquél que no sólo se refleje en la verificación de una serie de requisitos legales y administrativos, sino que, de otra parte, como juez de constitucionalidad y convencionalidad determine si el acuerdo es lesivo no sólo para el Estado sino, en general, para cualquiera de las partes.

En otros términos, el juez no puede limitarse a ser la boca de la ley –en los términos de Montesquieu– sino que es necesario, dentro del Estado Social de Derecho resaltar el papel preponderante que enseña la importancia de que con independencia a la jurisdicción a la que pertenezca, todo juez sea un garante de los derechos constitucionales.

De modo que, bajo esa lógica, no puede desconocerse que el juez de lo contencioso administrativo –unipersonal o colegiado– tiene la importante tarea de promover la conciliación pero, de igual forma, de garantizar que al momento de su aprobación no se advierta la lesión a los intereses de ninguna de las partes, sino que, por el contrario el acuerdo sea producto del ejercicio libre de la autonomía de la voluntad.

No obstante lo anterior, la Sala precisará su jurisprudencia en relación con los montos fijados en la decisión del 28 de abril de 2014, por cuanto los mismos pueden convertirse en un obstáculo para el desarrollo de fórmulas conciliatorias en las que las partes –en ejercicio libre y voluntario de la autonomía de la voluntad– y sin que se advierta una lesión a garantías fundamentales, deciden de manera independiente llegar a un acuerdo por debajo de los porcentajes, límites o baremos allí señalados.

En consecuencia, la Sala reitera su posición respecto a la necesidad de que el juez verifique con sumo detalle las implicaciones jurídicas y sociales del acuerdo, sin necesidad de que exista un determinado o específico porcentaje conciliatorio como límite al importante mecanismo alternativo de solución de controversias.

1. Inexistencia de porcentajes vinculantes en los acuerdos conciliatorios y prevalencia de la autonomía de la voluntad

Una vez sopesada y valorada esta hermenéutica, la Sala encuentra que es necesario precisarla con el fin de reivindicar la capacidad y autonomía de las partes al interior del instrumento autocompositivo de la conciliación, sin que pueda asimilarse o reducirse este tipo de mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC) desde una óptica contractualista –por adhesión– que limita de manera significativa la posibilidad con que cuentan las partes para solucionar, por sí mismas, los conflictos o litigios actuales o futuros.

De modo que, es necesario replantear la posición antes desarrollada, con apoyo en las razones y argumentos que se desarrollan a continuación:

argumentos que se desarrollan a continuación:

- i) La autonomía de la voluntad:

(...)

Lo anterior significa que el ordenamiento jurídico, consciente de su limitación de regular todas las relaciones interpersonales, faculta a los ciudadanos de la capacidad de crear, modificar y extinguir efectos jurídicos interpartes, y como vehículo para realizarlo, reviste de validez jurídica

la manifestación de voluntad, siempre y cuando esta no esté viciada por error, fuerza o dolo. Ahora bien, el alcance de la voluntad privada comprende una serie de decisiones en el contexto de la negociación jurídica, que se pueden resumir en determinar si contratar o no y, posteriormente, definir cómo, cuándo, dónde y con quien hacerlo, lo cual constituye el ejercicio de la libertad contractual.

Esta delegación de la potestad de crear normas jurídicas, se ha entendido también como: "el poder atribuido a entes no soberanos para expedir normas jurídicas equiparadas a las normas del ente soberano", en consecuencia, dotar de efectos jurídicos las manifestaciones de las personas, significa compartir el monopolio de la creación de las normas jurídicas, pues si bien, las normas creadas por el Estado tienen efectos erga omnes y las creadas por los ciudadanos interpartes, ambas, igualmente, conforman el conjunto denominado ordenamiento jurídico y ambas, de acuerdo al caso concreto, tienen igual fuerza vinculante para las partes y deben ser observadas por los jueces.

Ahora bien, la fuerza normativa de la manifestación de voluntad se sustenta en el hecho de que es inherente a la naturaleza humana la búsqueda constante del bienestar y la preservación, el interés por obtener beneficios y por mejorar las condiciones de vida. Son excepcionales los casos en que las personas, ya sea por altruismo o por un caso extremo de instinto de autodestrucción, tomen decisiones que vayan en contravía de sus intereses. Es por esto que es apenas lógico que en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, las personas manifiesten su consentimiento en aras de obtener su propio bienestar y alcanzar los fines que tienen propuestos.

Siendo así, está casi totalmente garantizado que las normas jurídicas creadas por y para las personas que conforman un negocio específico, están revestidas de la justicia suficiente para que las mismas hayan decidido vincularse jurídicamente, pues, si el efecto fuera adverso a las partes, no lo hubieran hecho. Por lo tanto, el ejercicio de la autonomía de la voluntad lleva implícito el precepto de justicia que busca cada persona al someterse a una relación jurídica.

(...)

Ahora, a pesar de que la autonomía de la voluntad privada suele materializarse en el derecho civil y, específicamente, en el contractual, lo cierto es que este principio rige en todas las actividades humanas donde estén en juego la transacción de bienes o derechos, ya sea de contenido económico o no, por lo tanto, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, a excepción del arbitraje, tienen como base para su desarrollo el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Tanto los mecanismos alternativos de solución de conflictos autocompositivos como heterocompositivos –exceptuando, como ya se dijo, el arbitraje–, consisten en la manifestación y acuerdo de voluntades para solucionar los mismos y así, sustituir la necesidad de acudir a la jurisdicción. Por lo tanto, la voluntad privada, tiene fuerza normativa, pues a través de ella, las partes del conflicto alcanzan una solución al mismo, mediante una transacción que tiene efectos de cosa juzgada.

El caso específico de la conciliación como mecanismo alternativo al judicial, que es el objeto de estudio del presente proveído, consiste en la manifestación de voluntades en la cual interviene un tercero, que si bien, propone fórmulas de arreglo, no tiene la capacidad de imponer una decisión, sino que corresponde a las partes ponerse de acuerdo y consentir o no en la solución propuesta. Entonces, en aplicación del alcance de la autonomía de la voluntad, y la naturaleza de la conciliación, se tiene que la primera manifestación consiste en conciliar o no –ánimo conciliatorio–, posteriormente en definir el contenido del acuerdo, haciendo uso de las capacidades y técnicas de negociación y, por último, aceptar o no la resolución del litigio a la que se llegó.

En conclusión, la naturaleza misma de la conciliación exige el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad y si se logra llegar a un acuerdo, este tendrá la misma fuerza que una decisión judicial, lo cual vislumbra, una vez más, la fuerza jurídica que tiene la voluntad exenta de vicios para producir efectos jurídicos, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres, en los términos señalados por la Constitución Política.

Ahora bien, la capacidad que tiene la autonomía de la voluntad para producir efectos jurídicos bajo las condiciones y alcances que los particulares definan es perfectamente posible en un contexto privado o comercial, en el que están en juego únicamente intereses particulares de carácter económico o personal, y que no tienen incidencia directa en el devenir de la sociedad.

(...)

Es decir, el derecho a la reparación integral de las víctimas y a la obligación que tiene el estado de indemnizar los daños causados, en armonía con los postulados de un Estado Social de Derecho y su influencia en la actividad jurisdiccional, significan que el juez, dentro de su ejercicio –en el caso específico de los procesos de responsabilidad extracontractual (sic) del Estado–, tiene el deber de garantizar que todas las actuaciones procesales o sustanciales que estén dentro de su órbita de vigilancia, se realicen en aras de alcanzar el fin último de materializar los postulados constitucionales sobre la responsabilidad del Estado.

Ahora bien, al ser la aprobación del acuerdo conciliatorio procesal o extraprocésal una labor otorgada al juez contencioso administrativo, cuando este realiza el estudio respectivo, además de valorar los requisitos que vienen dados por ley – que se hayan presentado las pruebas necesarias, que no sea violatorio de la ley y que no resulte lesivo para el patrimonio público–, es su deber verificar que con el acuerdo se estén cumpliendo los postulados constitucionales tendientes a la reparación integral del daño, pues de lo contrario, solo será procedente su improbación, en concordancia con la finalidad de la actividad judicial en un Estado Social de Derecho, como se viene de explicar.

En conclusión, realizar el estudio de aprobación de un acuerdo conciliatorio supone, por parte del juez, la integración de dos dimensiones jurídico-sociales: la autonomía de la voluntad privada dentro de los límites que se viene de indicar, con la fuerza normativa que la reviste en el ejercicio de autorregularse, y los fines del Estado Social de Derecho basados en el bien común y el interés general, para que solo pueda ser aprobado si se respeta a cabalidad el núcleo de ambas dimensiones, ponderando en cada caso concreto el nivel de aplicabilidad de cada una de ellas.

ii) Naturaleza jurídica de los contratos de adhesión y de la conciliación

(...)

De un lado, la conciliación tanto judicial como extrajudicial, implica “dejar de pensar que la solución a los conflictos siempre ha de darla el Estado. Esta resolución, un tanto utópica, ha de ser remplazada, en lo posible, por la conciliación, en la cual el hombre regresa sobre sí, razona con inteligencia y busca dar solución a través del dialogo a las diferencias que tiene con sus congéneres (...) para lo cual está investido, en principio, de plena capacidad jurídica, como resultado de la facultad que tiene toda persona de autorregular sus intereses de orden privado patrimonial...”.

La finalidad de la conciliación consiste en sustituir el proceso judicial para que, mediante el acuerdo de voluntad de los interesados, se dirima un conflicto existente entre dos o más ciudadanos. De ahí que, si bien, la solución conlleva a la producción de efectos jurídicos, estos existen en razón a la necesidad de resolver un conflicto generado por una situación de hecho o de derecho previa al ejercicio de la conciliación por medio del acuerdo de la voluntad privada de los intervinientes.

Por el contrario, el contrato en general, está definido por el Código Civil como sinónimo de convención, así:

“Artículo 1495. Definición de contrato o convención. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”

Sin embargo, la definición del Código Civil no es precisa, pues equipara los conceptos de contrato y convención, cuando en realidad la convención es el género y el contrato es la especie, en tanto la convención es un acuerdo de voluntades que busca crear, modificar o extinguir efectos jurídicos, mientras que el contrato es el acuerdo que busca exclusivamente crearlos. De modo que, la relación que existe entre la primera y el segundo es de género y especie, por consiguiente, el contrato es el acto jurídico encaminado a la creación de obligaciones.

En este entendimiento, la conciliación también es un acuerdo jurídico que cabe dentro de la naturaleza de la convención, pero no se puede circunscribirse o identificarse con el contrato, pues la misma puede concluir en la creación de efectos jurídicos –y en este sentido se asimilaría a este último– o en la extinción de los mismos, por lo tanto adquiriría la denominación de pacto. En consecuencia, la conciliación se debe entender como una convención cuya finalidad es la autocomposición de uno o varios litigios actuales o futuros, con la intervención de un tercero que se denomina conciliador, cuyo objetivo es proponer fórmulas de arreglo entre las partes.

En este sentido, la finalidad de los contratos en general es crear obligaciones de dar, hacer o no hacer, las cuales son exigibles a las partes del mismo en virtud a la fuerza vinculante del acuerdo de voluntades.

Así, si bien, tanto la conciliación como el contrato tienen en común la necesidad de la autonomía de la voluntad y el acuerdo de las voluntades para que se produzcan efectos jurídicos, respecto a su finalidad se hace evidente la primera diferencia, pues el contrato busca generar obligaciones recíprocas en cabeza de los contratantes mientras que la conciliación busca dirimir conflictos preexistentes o futuros entre las partes, prescindiendo de la necesidad de acudir a un tercero que imponga su voluntad sobre la de los interesados.

En segundo lugar, se tiene que la conciliación es un instrumento o mecanismo completamente reglado, en la que deben intervenir terceros autorizados por el Estado y se tienen que cumplir etapas procedimentales estrictas, lo anterior con el fin de garantizar el correcto ejercicio de la capacidad de transacción con que cuentan los particulares, y evitar que la autonomía de la voluntad se vea alterada por factores externos o internos que puedan viciar la adecuada solución del conflicto. Así, existe un control del contenido del acuerdo, el cual no busca imponer la voluntad de un tercero si no por el contrario, velar por que el contenido al que llegaron las partes sea válido dentro de los postulados generales del ordenamiento jurídico colombiano.

(...)

De allí que, la actividad contractual es por regla general consensual, y si bien en algunos casos específicos se exigen formalidades para su existencia, éstas no consisten en un control legal o administrativo (homologación) para verificar el contenido del mismo, si no que obedece a simples solemnidades con finalidades probatorias o en interés de publicidad general. Sin embargo, la voluntad de las partes nunca será vigilada por un tercero, ni existirá la presencia de alguien que vele por el correcto contenido del clausulado.

Ahora bien, respecto a la actividad negocial indispensable en ambos escenarios, y que es el aspecto clave de la posición que asumía la Sala, existe una falacia en la interpretación al igualarlos, pues se dan grandes diferencias entre la negociación de un contrato de adhesión y la de una audiencia de conciliación.

El contrato de adhesión, específicamente, es una modalidad de contrato en la cual una de las partes redacta el clausulado en su totalidad, y la otra parte decide someterse a la misma o no, pero no hay lugar a la negociación de su contenido. Son "los acuerdos de voluntades referentes a la propuesta de obligaciones y derechos inflexibles, por el oferente al ofertado, para que este los acepte o rechace sin distinción".

Las manifestaciones más comunes de los contratos por adhesión se presentan en los contratos bancarios, la prestación de servicios públicos, la compra-venta en almacenes de cadena, etc. Pues la característica que los une es la imposibilidad que tiene el ofertado de negociar el contenido del mismo. En este escenario, el ejercicio de la autonomía de la voluntad se reduce a la decisión que tiene el ofertado de contratar o no, "se considera que el consentimiento de una de las partes se manifiesta por adhesión al esquema contractual impuesto por la otra".

Ahora bien, es común encontrar que en estos casos, el oferente ostenta una posición privilegiada y, por lo tanto, ante la necesidad que tiene el ofertado de celebrar el contrato, y la posición de dominio que detenta el oferente, se presenta abuso de ese poder, que se materializa en la inclusión de cláusulas abusivas en detrimento de los intereses del adherido. Sin embargo, esta no es una condición necesaria para que se configuren los contratos de adhesión, es perfectamente posible que dos personas naturales, en igualdad de condiciones, celebren este tipo de contratos, si uno de ellos presenta una oferta al otro negando de plano la posibilidad de su modificación. De otro lado, es posible que en un caso en que exista una parte con posición dominante –por ejemplo un almacén de cadena– no se presente un clausulado desfavorable al ofertado, y que la celebración del contrato se deba a la dificultad fáctica de negociar y no al interés de abusar de la posición dominante.

En conclusión, el aspecto más relevante sobre los contratos de adhesión, en el tema que nos ocupa, es la limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad privada evidenciada en la imposibilidad de negociar el contenido del contrato, y la cual solo conserva su alcance respecto a la decisión que tiene el adherente de aceptar o no. Esta característica distingue por completo la institución del contrato de adhesión con la de la conciliación, pues en la última el ejercicio de la voluntad privada solo se ve limitada por el respeto al orden público y a las buenas costumbres.

La naturaleza de la conciliación, es el ejercicio del mecanismo de autocomposición, es decir, "una forma mediante la cual los mismos interesados o partes resuelven sus conflictos, haciendo uso de su autonomía privada", sin que un tercero imponga su voluntad sobre las partes –como es el caso de los procesos judiciales-. "La nota característica de este mecanismo de resolución de conflictos es la voluntariedad de las partes para llegar a la solución de su controversia, pues son ellas, ayudadas por el conciliador que no tiene una facultad decisoria, quienes presentan las fórmulas de acuerdo con las que se espera poner fin a sus divergencias. Es, entonces, un mecanismo de autocomposición porque son las partes en conflicto y no un tercero, llámese juez o árbitro, quienes acuerdan o componen sus diferencias".

Es decir, la actividad de conciliar contiene dos aplicaciones de la autonomía de la voluntad: i) negociar el contenido del acuerdo y, posteriormente, ii) decidir si se concilia o no. Respecto a la primera dimensión, existe una gran diferencia con el contrato de adhesión pues, como se explicó, en este no es posible negociar el contenido de las cláusulas, mientras que en la conciliación, la negociación del acuerdo es el objeto mismo de la audiencia. En la segunda dimensión, si bien coinciden en que es libre la voluntad de aceptar o no, en el contrato de adhesión se tiene que esta es únicamente respecto al ofertado, mientras que en la conciliación ambas partes conservan esta facultad.

Esta es entonces la principal diferencia que hace necesario reformular la interpretación previamente acogida por la Sala, pues equiparar el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la contratación por adhesión con la conciliación, supone equiparar dos instituciones jurídicas disímiles, así como el papel que juegan respecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

(...)

Si bien, es cierto que la existencia de una entidad estatal en el trámite conciliatorio podría significar un desequilibrio en comparación con un ciudadano común, víctima de una actuación previa del Estado –en tanto se encuentra en un proceso contencioso-, el legislador ha diferenciado la regulación de la conciliación administrativa de la conciliación en las demás ramas del derecho, interviniendo con más minucia en su ejercicio, en aras de establecer garantías en el ejercicio de la negociación, tanto en pro de la administración como de la contraparte, transportándolas a un plano de igualdad procesal.

(...)

En este sentido, además de las garantías que ofrece la ley durante el trámite de la audiencia de conciliación, se consagra un control posterior de parte del juez contencioso, quien debe hacer un examen de legalidad pero también del contenido del acuerdo, vigilando que se ajuste a los postulados legales y constitucionales, así como a las buenas costumbres y el orden público, y velando por los intereses de ambas partes.

Para proceder con la aprobación de un acuerdo, el juez debe verificar, en principio, que cuente con las pruebas necesarias respecto a la posible responsabilidad de la entidad y el monto de los perjuicios, que no sea violatorio de la ley y no resulte lesivo para el patrimonio público.

Entonces, como de la aprobación del acuerdo por parte del juez, se desprenden los efectos jurídicos del mismo, su tránsito a cosa juzgada y el hecho de que preste mérito ejecutivo, por contraposición, si el acuerdo no cumple con los postulados legales y constitucionales para que se encuentre en pro de los intereses de ambas partes, el juez no lo aprobará y, por ende, no producirá efectos jurídicos.

(...)

De esta manera, la restricción que hizo la Sala, de aprobar los acuerdos sólo si se concilia entre el 70 y el 100% de la condena de primera instancia, afecta la autonomía de la voluntad privada y la capacidad negocial de las partes. Pues, si ambos interesados se ponen de acuerdo en una cifra inferior, como se viene de explicar, esta decisión obedecerá a la voluntad libre y espontánea del ciudadano y de la entidad estatal, quienes –por lógica- habrán actuado de acuerdo a la persecución de sus intereses y su bienestar, teniendo en cuenta que si lo aprobaron, es porque previamente existió negociación en el sentido de definir el monto de la obligación, la forma de pago, el plazo, etc. Y que ambas partes conservaron hasta el final la facultad de conciliar o no.

En consecuencia, procede la Sala a modificar y unificar la jurisprudencia en este sentido, en tanto excede sus facultades fijar límites objetivos o raseros a los acuerdos conciliatorios, y en aras de respetar y hacer prevalecer la autonomía de la voluntad privada, suprimirá los topes previamente establecidos como requisito para aprobar la conciliación.

2. La capacidad de las partes para conciliar

(...)

Para fijar una posición respecto a este problema jurídico es necesario, en principio, aclarar la naturaleza del contrato de mandato, de la representación y del acto de apoderamiento. El Código Civil, en su artículo 2142, define el mandato como: "un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera". Es indispensable que el negocio que se confía esté encaminado a crear, modificar o extinguir efectos jurídicos, y esto será lo que determine el objeto del contrato.

Ahora bien, el contrato de mandato puede desarrollarse de dos maneras: con o sin representación. La representación es una "legitimación excepcional (...) que le permite a un sujeto (representante) sustituir a otra persona (representado) en la celebración de un negocio jurídico o contrato". En consecuencia, los efectos jurídicos del negocio celebrado recaen en cabeza del mandante y no del mandatario, siempre y cuando este último manifieste que actúa en nombre de otra persona y que su gestión no exceda los límites establecidos por ella, so pena de obligarse personalmente.

Para lograr el efecto jurídico de la representación, es necesario que previamente exista un acto de empoderamiento, mediante el cual el mandante unilateralmente, confiere poder al mandatario. Este título autoriza la injerencia del mandatario en la esfera jurídica del mandante, y a partir de ese momento opera la representación.

Es decir, en el supuesto mencionado, nos encontramos ante tres negocios jurídicos individualizados: i) el contrato de mandato -negocio jurídico bilateral- ii) el acto de apoderamiento -acto jurídico unilateral- y iii) el poder -constituye una mera facultad-.

(...)

En desarrollo de lo anterior, es importante dejar claridad en el hecho de que no todo acto de apoderamiento supone un contrato de mandato previo, pues es posible que subyazca otro motivo o fuente que dé lugar al mismo. Y también es posible que exista contrato de mandato sin representación, por lo tanto sin acto de apoderamiento, en el cual los efectos jurídicos del negocio se radiquen en cabeza del mandatario y este los transfiera posteriormente al mandante, en virtud al mandato previamente celebrado.

Ahora bien, en el caso de la representación judicial se tiene que el requisito de la representación y del acto de apoderamiento es *conditio sine qua non* para que el abogado pueda realizar su gestión, independientemente de que la relación jurídica que subyazca entre poderdante y apoderado sea un contrato de mandato, de prestación de servicios profesionales, entre otros. Por lo tanto, la normativa aplicable no será la del negocio que dio lugar al poder, si no la que consagra el Código de Procedimiento Civil o, actualmente, el Código General del Proceso respecto al derecho de postulación.

(...)

En este sentido, se tiene que la terminación del poder sólo se produce por la revocatoria por parte del poderdante o la renuncia por parte del mandatario, y únicamente produce efectos previa notificación al juez y al poderdante o apoderado –dependiendo si es revocatoria o renuncia–, es decir, la terminación del mismo está revestido de formalidades que son propias únicamente de la representación judicial mas no de la representación en otros contextos jurídicos.

De la lectura del artículo se desprende, además, que el acto de apoderamiento es *intuitu personae* respecto al apoderado, por lo cual su muerte desencadena en la terminación del mismo. Pero no se puede predicar la misma condición respecto al mandante, pues si este muere o se extingue –personas jurídicas–, no se sigue necesariamente la terminación del mandato, ya que este continúa vigente en tanto los herederos o sucesores no ejerzan la facultad de revocarlo.

En relación con lo anterior, con especial *sindéresis* el profesor Devis Echandía concluyó: **"Por consiguiente el poder que el padre o madre hayan dado a un abogado, en proceso del hijo o contra este, sigue vigente al llegar el segundo a la mayor edad, mientras no lo revoque".**

En consecuencia, la tesis de que con la terminación de la patria potestad y la emancipación del hijo, la representación judicial que fue otorgado en su nombre pierde validez, obedecería únicamente a la naturaleza jurídica de una condición resolutoria [artículo 1546 del Código Civil], que por ende, tendría que haber sido pactada por las partes desde el momento en que se perfeccionó el contrato que dio lugar al poder y, por lo tanto, solo produciría efectos en el poder judicial si se materializa mediante la renuncia o la revocatoria, pero no podría el juez aplicar el clausulado del contrato que subyace, desconociendo las normas propias del poder judicial.

(...)

3. El ejercicio de la patria potestad en el trámite de la conciliación

[...]

Entonces, es indudable que las leyes que se vienen de transcribir persiguen proteger los intereses del menor, en el sentido de no dejar al arbitrio absoluto del curador, tutor o del progenitor, la disposición de su patrimonio, y otorgan al juez de familia la competencia para autorizar la disposición de bienes y derechos del pupilo, debido a la confianza que reviste a toda la ciudadanía de que los jueces, en general, son los encargados de aplicar, de manera imparcial, el derecho sustancial.

[...]

Ahora bien, la aplicación de las normas que regulan el ejercicio de la administración de los bienes del menor, encuentran su aplicación en un ámbito ajeno al proceso judicial. Es decir, cuando el tutor, curador, o el padre o madre de familia desean disponer de derechos o propiedades del menor en un contexto cotidiano, de relaciones civiles o comerciales y de consensualidad.

De modo que, como regla general para la producción de efectos jurídicos, es necesario el control previo de la actividad de disposición por parte del juez, pues, si así no lo exigiera la ley, no habría ningún control a los administradores del peculio del menor, y estos podrían disponer libremente de su patrimonio incluso en contra de los intereses de aquel.

[...]

A pesar de lo anterior, el legislador no dejó de lado la preocupación por las personas que por motivos de edad, salud o condición, no pueden ejercer a cabalidad su autonomía de la voluntad, por lo tanto, sus manifestaciones posiblemente estarían viciadas y no propenderían por su propio bienestar. Y es en razón de ello que a esas personas se les nombra curadores o tutores o se configura la patria potestad, y, como los intereses del menor o del discapacitado se logran mediante la voluntad de un tercero, se vuelve necesario que el Estado intervenga cierto tipo de relaciones interpersonales –en este caso las civiles o comerciales– que puedan afectar los intereses de los protegidos, y dicha intervención debe ser previa, con el fin de que no se creen un sinnúmero de obligaciones jurídicas que luego deban eliminarse por haber nacido viciadas de nulidad.

Ahora bien, este contexto que justifica la aplicación de las normas del Código Civil y de la Ley 1306 de 2009, se transforma significativamente cuando el menor –que es el caso que nos ocupa– se encuentra inmerso en un proceso judicial, pues en este nuevo contexto, todas las actividades que se realizan, ya sean de carácter sustancial o procesal, se encuentran bajo la vigilancia constante del aparato jurisdiccional, independientemente de la materia y de la competencia del juez de que sea objeto el litigio.

Por ende, la conciliación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entendida como etapa procesal o preprocesal, no se libera de la órbita del juez para realizar un control de su contenido, el cual incluye velar por la protección del menor, pues si bien la competencia en este sentido está legalmente asignada a los jueces de familia, es un deber constitucional de todos los aplicadores judiciales velar por los intereses de los menores y los discapacitados, y esta labor es irrenunciable.

Es decir, cuando la actuación que puede afectar potencialmente los intereses del menor –en este caso intereses económicos– se realiza en el curso de un proceso judicial, no es necesario solicitar un permiso previo, pues dicha disposición de derechos ya se encuentra sometida a homologación o control judicial, por el solo hecho de producirse en desarrollo de un proceso, y con más razón cuando esta se realiza en ejercicio de la conciliación en materia administrativa, pues como ya se explicó, corresponde al juez aprobar el acuerdo luego de verificar que se respeten los derechos e intereses de ambas partes, incluidos los menores, toda vez que el juez –con independencia a la jurisdicción a la que pertenezca– es ante todo un garante de la constitucionalidad y, consecuentemente, se encuentra obligado en virtud del principio de convencionalidad a no sólo verificar que el acuerdo no resulte lesivo al patrimonio público sino, en general, que no afecte garantías fundamentales de los sujetos procesales (v. gr. la prevalencia del derecho de los menores, el interés superior del niño o niña, etc.).

4. Posibilidad que tiene el juez de aprobar parcialmente un acuerdo conciliatorio

Para realizar el estudio correspondiente a esta materia, es necesario identificar previamente los supuestos que pueden presentarse en el trámite de conciliación y su respectiva aprobación. En principio, es posible identificar los siguientes supuestos o escenarios sobre esta materia:

- i) Acuerdo total con aprobación total por cumplirse los requisitos de homologación y no ser violatorio el acuerdo de los estándares constitucionales y convencionales;
- ii) Acuerdo parcial con aprobación parcial, caso en el que los puntos no sometidos a conciliación quedarán diferidos a la sentencia o a una posterior conciliación;
- iii) Acuerdo total con modificación en la aprobación: se trata de un supuesto que se encuentra proscrito, toda vez que no le es dado al juez modificar o alterar la voluntad de las partes al interior del acuerdo conciliatorio. En estos eventos lo procedente es improbar el acuerdo si el juez lo considera lesivo al patrimonio público o violatorio de las normas legales o constitucionales sobre la materia;
- iv) Acuerdo total con aprobación parcial: si bien, ha sido una posibilidad que ha sido rechazada por la Sala, en esta ocasión se precisa la jurisprudencia para señalar que este escenario es viable, toda vez que en el mismo el funcionario judicial no sustituye a las partes en su autonomía de la voluntad, sino que, por el contrario, respeta el acuerdo y, por lo tanto, lo aprueba en aquella parte o segmento que considera no es violatorio del ordenamiento jurídico o de las garantías constitucionales, para posponer a la sentencia aquella parte del acuerdo conciliatorio que pudiera contravenir la normativa, sin perjuicio de que las partes en otra ocasión puedan volver a celebrar otro acuerdo conciliatorio respecto de ese punto específico con el fin de volver a analizarlo y someterlo a reconsideración del juez mediante otro acuerdo conciliatorio.

De modo que, el primer supuesto abarca exclusivamente el ejercicio de la voluntad de las partes, pues se refiere a que su decisión conciliatoria comprenda o la totalidad o un fragmento de las pretensiones de la demanda. Para este caso, la ley dotó a las partes de la posibilidad de conciliar por uno o varios frentes del litigio, los cuales hacen tránsito a cosa juzgada, y dejar en manos del juez la decisión respecto a los temas en los que no se logró un consenso.

[...]

En este sentido, si bien se propende por la utilización de la conciliación como mecanismo alternativo para la solución del conflicto, el legislador es consciente que en algunos contextos no es posible llegar a un acuerdo total, pero deja abierta la posibilidad de que, respecto a las materias en que se logró conciliar, se produzcan efectos jurídicos, pues a pesar de que el litigio en su totalidad no concluye, si se aliviana la carga para el operador judicial en tanto su objeto se delimita, y es favorable para las partes pues se da comienzo al trámite de reparación o de restablecimiento del derecho, así sea de manera parcial.

Por lo tanto corresponde a las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada, decidir si conciliar por la totalidad de las pretensiones de la demanda, o solo por algunos aspectos, por ejemplo, llegar a un acuerdo respecto a los perjuicios materiales más no sobre los morales, en tanto a pesar de la negociación y del ánimo conciliatorio que los revestía, no fue posible que coincidieran en la totalidad del objeto del litigio.

Distinto supuesto se presenta en el escenario en el cual el juez debe estudiar la aprobación del acuerdo al que llegaron las partes –independientemente de que este sea total o parcial–, y allí pueden surgir –fácticamente hablando– tres conclusiones aplicables: aprobarlo totalmente, aprobarlo parcialmente o modificarlo.

Aprobarlo totalmente significa que el acuerdo al que llegaron las partes cumple globalmente con los presupuestos de ley para que se proceda a su aprobación, esto es que se hayan presentado las pruebas necesarias, que no sea violatorio de la ley y que no resulte lesivo para el patrimonio público, además del estudio correspondiente a su adecuación con principios constitucionales del Estado Social de Derecho.

En consecuencia, si el acuerdo conciliatorio comprende la totalidad de las pretensiones de la demanda y cumple con los requisitos que debe verificar el juez, se procederá con su aprobación total y se pondrá fin al proceso, en tanto quedó resuelto el litigio. Pero este escenario también se puede presentar en un acuerdo parcial, si las partes concilian, por ejemplo, sobre los perjuicios materiales del daño emergente pero no del lucro cesante. Si el juez considera que el acuerdo sobre el daño emergente es ajustado a derecho, procederá con su aprobación total, sin embargo el litigio continúa en sede del juez contencioso respecto a las pretensiones que no fueron parte del acuerdo.

Aprobarlo parcialmente significa que, después del estudio respectivo, se concluye que algunos de los puntos que se acordaron se ajustan a los presupuestos prescritos para su aprobación, pero otros no. Por ejemplo, si se concilia en la totalidad de las pretensiones indemnizatorias, es posible que el daño moral se encuentre acreditado dentro del proceso, pero el perjuicio material no, por lo tanto, a pesar de que las partes hayan consentido en dicha solución, no podría el juez darle vía libre a esta manifestación, si una parte del mismo no cumple con los requisitos necesarios, entonces aprobarlo parcialmente sería permitir que el acuerdo sobre perjuicios morales haga tránsito a cosa juzgada, pero que el litigio respecto al daño material debe continuar el trámite judicial.

Un escenario diferente se presenta cuando el juez interviene en el acuerdo modificando su contenido, esto es, si por ejemplo se pactó un plazo de dos años para cumplir con la obligación, y el juez procede con la aprobación del mismo pero reduciendo el plazo a un año.

Ahora, si bien los tres supuestos anteriores son posibles fácticamente hablando, lo cierto es que el ordenamiento jurídico colombiano, vía jurisprudencial, ha reducido la posibilidad del juez a aprobarlo totalmente o improbarlo totalmente, basando su tesis en el hecho de que la ley, al definir dicho trámite judicial, solo dotó al juez de esas dos posibilidades.

(...)

En consecuencia, se ha desarrollado una tesis jurisprudencial, hasta el momento, unánime respecto a negar de plano la posibilidad de que el juez apruebe parcialmente un acuerdo conciliatorio.

(...)

Es decir, la Sala ha sustentado su negativa a permitir acuerdos parciales con dos argumentos principales: uno de tipo legal, en tanto aplica una interpretación gramatical o literal de la norma, negando de plano la posibilidad de ampliar su contenido y, de otro lado, sostiene que aprobar parcialmente un acuerdo se traduce en una injerencia en la autonomía de la voluntad de las partes, pues el juez reemplazaría la voluntad manifestada, por su propia voluntad.

Si bien, es cierto que la jurisprudencia ha sido reiterativa en este sentido, y que en aras del principio de la seguridad jurídica los precedentes jurisprudenciales deben ser respetados y observados, también es cierto que, como se explicó, al juez del Estado Social de Derecho le corresponde estar en la búsqueda constante de la justicia material.

En este sentido, se ha observado como la negativa a aprobar parcialmente los acuerdos, ha limitado la consecución del fin mismo de la conciliación, que es la resolución del conflicto por las mismas partes, lo que contribuye indirectamente a la descongestión judicial.

(...)

De otro lado, una vez analizados los argumentos de la Sala, respecto a la injerencia en la autonomía de la voluntad privada y su sustitución de parte del juez cuando aprueba parcialmente, se observa que estos corresponden realmente al supuesto denominado modificación del acuerdo, pues es en ese escenario donde realmente se presenta un cambio en el sentido del acuerdo. Es decir, si las partes llegaron a un convenio sobre el monto de la pretensión X y el juez modifica ese monto, ya sea aumentándolo o disminuyéndolo, se presenta una extralimitación de sus facultades, pues este solo puede imponer su voluntad cuando el proceso avanza hasta la sentencia, pero le está completamente prohibido reemplazar la decisión que tomaron las partes en la audiencia de conciliación, toda vez que perdería su naturaleza de mecanismo autocompositivo, y sería un atentado directo contra la autonomía de la voluntad privada.

Sin embargo, esta injerencia no se evidencia si el juez aprueba parcialmente el acuerdo, comoquiera que no está cambiando el sentido de una decisión por otro, no está imponiendo su voluntad sobre la de las partes, simplemente está otorgando la producción de efectos jurídicos a alguna o algunas de las decisiones que se tomaron, y las otras, por no cumplir con los requisitos, continúan el trámite del proceso, pero sobre ellas no se ha tomado una decisión de fondo, y nada obsta para que las partes intenten nuevamente una conciliación respecto a los puntos que no se aprobaron.

Es decir, impedir la producción de efectos jurídicos de una parte del acuerdo, no se puede equiparar con reemplazar la autonomía de la voluntad privada, en tanto el juez no está decidiendo de fondo el contenido del acuerdo, simplemente está haciendo un filtro de su legalidad y constitucionalidad, pero el litigio sigue abierto, y las partes pueden seguir ejerciendo su autonomía de la voluntad respecto a la conciliación.

Por consiguiente, si se atiende a la finalidad del artículo 24 de la Ley 640 de 2001, es claro que lo que la expresión trae implícito es el ejercicio que debe hacer el juez de verificar la legalidad y la materialización de los fines del Estado en cada acuerdo conciliatorio, y que de ello se desprenderá su decisión de otorgar efectos jurídicos o no, los cuales pueden ser parciales en tanto esto no contraría el sentido de la normativa.

En conclusión, es evidente la necesidad de realizar un cambio jurisprudencial, en tanto se está desconociendo la importancia de los acuerdos válidos que logran las partes, subordinándolos al devenir de los acuerdos que no cumplieron con los requisitos para su aprobación. Entonces, como la aprobación parcial no significa una injerencia en la esfera privada de los administrados, en tanto no se está resolviendo el sentido de los temas improbados, puesto que queda abierta la posibilidad que tienen las partes de volver a conciliar sobre estos o permitir su trámite vía jurisdiccional, nada obsta para que se permita aprobar parcialmente los acuerdos conciliatorios, en aras de realizar los fines de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y contribuir con la descongestión judicial.

(...)

De una lectura detallada del acuerdo se desprende que se está conciliando por debajo del 70% de la condena de primera instancia. Por lo tanto, una vez realizada la operación matemática en su totalidad se obtiene un valor inferior al 70% del total de la condena del *a quo*, lo que daría lugar, según la jurisprudencia que se recoge, a que el acuerdo fuera improbadado de plano por el juez, en tanto no respetaría los límites que se establecían.

Sin embargo, debido a las razones que se vienen de expresar en esta providencia, la Sala considera que el acuerdo no es lesivo para la parte demandante, en tanto se concilió en cumplimiento de todas las garantías con las que contaba para manifestar su voluntad, y su decisión de conciliar por este porcentaje fue libre de todo vicio en el consentimiento, en consecuencia no debería el juez interferir en su realización.

En síntesis, si bien el acuerdo logrado en el caso sub examine es inferior al 70% del total de la condena de primera instancia, sería procedente su aprobación, en tanto la Sala no encuentra que con este se lesionen los intereses de las víctimas.

(...)

En consecuencia, como el acuerdo conciliatorio versa sobre el fallo en primera instancia, y este puede llegar a ser lesivo para el patrimonio público en tanto el juez, en una hermenéutica que habría que analizar en la sentencia, condenó de oficio al pago de perjuicios a la vida en relación, esta situación genera una dificultad para la aprobación respecto al reconocimiento y pago de ese perjuicio, en tanto se estaría cancelando al demandante una suma que eventualmente no fue deprecada o expresada en la demanda. Por lo anterior, y por los motivos expuestos en este proveído, la Sala aprobará parcialmente el acuerdo conciliatorio logrado entre las partes, para homologarlo salvo en lo que se refiere al reconocimiento y pago de perjuicios a la vida en relación, por considerarlo lesivo al patrimonio público, y lo aprobará respecto a las demás pretensiones conciliadas".

FUENTES: Artículos 1, 2, 13, 16, 90 y 277.7 de la Constitución Política; artículo 16 de la Ley 446 de 1998; artículos 2 y 5 del Decreto 1716 de 2009; Corte Constitucional, sentencias T-406 de 1992, C-1194 de 2008; Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 25 de julio de 2007, Rad.: 29273, C. P.: Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2014, Rad.: 41834, C. P.: Mauricio Fajardo Gómez; ROMERO DÍAZ, Héctor, *"La Conciliación Judicial y Extrajudicial"*, Primera edición, Editorial Legis, pág. 7; NARVÁEZ G, José Ignacio, *"Obligaciones y contratos mercantiles"*, Editorial Temis, 1990, pág. 43; Hinestrosa, Fernando, *"La Representación"*, Primera edición, Universidad Externado de Colombia, pág. 109; Devis Echandía, Hernando, *"Teoría General del Proceso"*, Tomo I, Sexta edición, Editorial ABC, pág. 347.

DECISIÓN:

"PRIMERO: UNIFICAR la jurisprudencia en relación respecto a: i) inexistencia de porcentajes vinculantes en los acuerdos conciliatorios y prevalencia de la autonomía de la voluntad dentro de los límites a que se refiere la parte motiva ii) la capacidad de las partes para conciliar, y iii) el ejercicio de la patria potestad en el trámite de la conciliación y; iv) la posibilidad de aprobar parcialmente los acuerdos conciliatorios.

SEGUNDO: APROBAR PARCIALMENTE el acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes, el día 25 de septiembre de 2014. Por consiguiente, se imparte aprobación al acuerdo salvo en lo que corresponde al perjuicio denominado "daño a la vida de relación", reconocido en la decisión de primera instancia, aspecto que quedará pendiente de ser decidido en la sentencia.

CUARTO (sic): En firme esta decisión, **REMITIR** el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de la presente providencia para elaborar el proyecto de sentencia que deberá ser registrado en su oportunidad para análisis y discusión en Sala de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"... demanda presentada el 28 de septiembre de 2007, por los señores: Bernabé Cuadros Contreras, que estuvo privado de la libertad y Duver Mary Castro Castrillón, compañera permanente de la víctima, quienes actúan en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Haffrey Skilachy Cuadros Castro, Hafson Stiven Cuadros Castro, Leidy Melani Cuadros Castro, Sujeidy Julibeth Cuadros Castro y Eddy Santiago Cuadros Camejo. Además de los señores Bernardino Cuadros y Carlos Armando Cuadro Contreras padre y hermano de la víctima.

Los demandantes, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación –Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial– de la totalidad de los daños y perjuicios que les fueron ocasionados, con motivo de la privación injusta de la libertad, del señor Bernabé Cuadros Contreras, que se produjo en razón del proceso adelantado en su contra por la presunta comisión de los delitos de homicidio con fines terroristas y rebelión agravada, durante el periodo comprendido entre el 6 de septiembre de 2003 y el 23 de marzo de 2007.

En consecuencia, solicitaron que se condenara a la parte demandada a pagar: i) por concepto de perjuicios morales, 100 salarios mínimos legales mensuales a favor de cada uno de los demandantes, ii) por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$36.200.090, que corresponde a lo dejado de percibir por la pérdida de su empleo de promotor de salud rural del Hospital de Puerto Rondón, donde devengaba un salario mensual de \$825.230, más todas aquellas prestaciones que normalmente hubiera recibido estando en el cargo".

DECISIÓN:

"Mediante sentencia del 27 de agosto de 2009, el Tribunal Administrativo de Arauca, condenó a la Fiscalía General de la Nación, toda vez que se encontró acreditado la existencia de un daño antijurídico, consistente en la privación injusta de la libertad del señor Bernabé Cuadros Contreras, a la que fue sometido durante 3 años, 6 meses y 24 días, por la falla del servicio en que incurrió la entidad demandada.

Por lo anterior, el a quo condenó al pago de lo siguiente:

"SEGUNDO: CONDENAR a la Nación – Fiscalía General de la Nación a pagar por concepto de perjuicios morales, las siguientes cantidades:

"Para Bernabé Cuadros Contreras en su calidad de víctima, la suma equivalente a SESENTA (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago.

"Para la compañera permanente del actor Duver Mary Castrillón y sus hijos Hafrey Skilachi, Hafson Stiven Cuadros Castro, Sujeydi Yulieth y Leydy Melany Cuadros Castro y Eddy Santiago Cuadros Camejo, la suma de treinta salarios (30) salarios (sic) mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos

"TERCERO: CONDENAR a la Nación – Fiscalía General de la Nación a pagar por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante al señor Bernabé Cuadros Contreras la suma de cincuenta y ocho millones ochocientos veintiún mil setecientos treinta y cinco pesos (\$58.821.735.00)

"CUARTO: CONDENAR a la NACIÓN – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar por concepto daño a la vida en relación al señor BERNABE CUADROS CONTRERAS en su calidad de víctima, la suma equivalente a cincuenta (60) (sic) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago."

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA:

"Las partes celebraron un acuerdo conciliatorio el 31 de octubre de 2013 ante el Consejo de Estado, en el que se convino lo siguiente:

"1. Que la Fiscalía General de la Nación, pagará el 70% de la condena impuesta en la providencia de primera instancia a favor de la parte demandante, debidamente indexada al momento de ejecutoria del auto aprobatorio del acuerdo, y calculada con base en el salario mínimo legal vigente para ese mismo instante, excluyendo dentro del concepto de perjuicios materiales, el 25% que la víctima directa destinaba para sus propios gastos o manutención del total de sus ingresos mensuales.

"2. Que la Fiscalía General de la Nación, efectuará el pago dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que apruebe la conciliación, previa presentación de la cuenta de cobro ante la entidad.

"3. Que la Fiscalía General de la Nación, reconocerá los intereses de que tratan los artículos 176 y 177 del C. C. A."

Decide la Sala Plena de la Sección Tercera por **importancia jurídica** y con el fin de **unificar la jurisprudencia** [...] en razón del estudio de la homologación o aprobación del acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes el 31 de octubre de 2013 ante esta Corporación."

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Danilo Rojas Betancourth y Stella Conto Díaz del Castillo.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146)	FECHA: 22/04/15
PONENTE: Stella Conto Díaz del Castillo		ACTOR: María Antonia Gómez de Carrillo y otros	
DEMANDADO: Departamento de Santander			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la vida.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Artículo 90 de la Constitución Política.**TEMA PRINCIPAL:** Indemnización de perjuicios por muerte abordo de un vehículo oficial. Acrecimiento del lucro cesante. Unificación jurisprudencial.**TEMA COMPLEMENTARIO:** Evolución histórica del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado. Fuerza mayor y caso fortuito.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Demandantes:

"Los actores recurren la decisión para que se modifique, en el sentido de reconocer (i) los perjuicios materiales por lucro cesante y daño emergente sufridos por los señores Efigenio Ayala Espinosa y Gonzalo Rodríguez Jerez, dadas las lesiones que le fueron ocasionadas, como lo demuestra la pérdida de su capacidad laboral y los pagos para procurar su asistencia en salud, acumulables, como lo establece la jurisprudencia de esta Corporación; (ii) el lucro cesante al que tienen derecho los hijos de los servidores fallecidos, hasta los 25 años de edad, como se pidió en la demanda y no hasta los 18 como se resolvió en primera instancia y (iii) a los hijos y cónyuges el derecho de acrecer, como se pretende. Finalmente, los demandantes solicitan que se condene en concreto y no apelan la decisión de negarles el perjuicio fisiológico".

Demandado:

"La entidad territorial demandada insiste en que no incurrió en falla en el servicio, porque actuó con diligencia, si se considera que dispuso para la comisión un vehículo en óptimas condiciones de funcionamiento y un conductor con vasta experiencia en el manejo de automotores.

Pone de presente, además, que la decisión de los comisionados de cambiar de ruta rompió la dependencia y la conexidad de la actividad con la prestación del servicio, aunado a que, a su parecer, si se llega a demostrar que el conductor superó los límites de velocidad, esto comporta un hecho personal que excluye la responsabilidad de la administración".

Llamadas en garantía:

"Seguros del Comercio S.A. y Skandia Seguros Generales S.A. reiteran que la demandada no incurrió en falla en el servicio, en cuanto el accidente fue ocasionado por el estallido de una llanta, hecho constitutivo de fuerza mayor, como se reconoció en sede penal, razón suficiente para precluir la investigación contra el conductor. Controvierten que no se haya reconocido las excepciones propuestas y la tolerancia del juzgador con la inasistencia de los demandantes a las audiencias de conciliación programadas. No comparten la decisión en cuanto a la tacha de los testigos y la negativa a reconocer el pago del seguro obligatorio. Finalizan advirtiendo que debió formularse la acción ante la justicia laboral y que, en caso de mantenerse la condena a su cargo, se disponga lo concerniente a deducibles, exclusiones y proporciones de coaseguro".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Ahora, para la Sala es claro que el accidente efectivamente aconteció en virtud de una situación laboral. Empero, lo cierto es que la acción de reparación directa desarrolla la cláusula constitucional de responsabilidad estatal y procede siempre que "la persona interesada" –sujeto activo no calificado que abarca tanto particulares como servidores públicos– demande "directamente la reparación de un daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa" [art. 86 del C. C. A.], pues el Estado debe responder "patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Lo anterior quiere decir que quien sufre un daño que no tiene que soportar, así este se haya producido con ocasión y a causa de la prestación personal y subordinada de un servicio por el cual, además, pueda exigir las prestaciones de ley, el perjudicado puede demandar de la administración la reparación integral. Lo que no significa necesariamente la acumulación de indemnizaciones por el mismo hecho u omisión, pues el precedente de la Sección ha establecido que esta no procede cuando la entidad pública demandada resulta ser la misma que trasladó el riesgo profesional, en el marco de la seguridad social.

(...)

En este orden de ideas, la excepción basada en que los accionantes tenían que acudir al juez del trabajo no puede prosperar, porque el servidor público perjudicado en el ámbito de la relación laboral bien puede acudir ante el juez de la reparación a fin de que se resuelva sobre la responsabilidad del Estado, más allá de las prestaciones directamente derivadas de la relación laboral. Sin que ello dé lugar a acumulación, en razón de que se trata de igual obligación derivada de la misma fuente.

Siendo así, la acción de reparación directa procede (...).

(...)

En relación con esto último, la jurisprudencia de la Sala tiene por establecido que el título de imputación de responsabilidad a la administración debe estar en consonancia con la realidad probatoria, en cada caso concreto. Esto, porque, en cuanto el artículo 90 constitucional no privilegia un régimen especial de responsabilidad, los títulos o razones que permiten atribuir la responsabilidad al Estado son elementos argumentativos de la sentencia.

(...)

De donde, establecido que la víctima no tiene por qué soportar el daño y que el mismo ocurrió en razón de la prestación del servicio, la administración debe asumir la obligación de indemnización.

(...)

Y, estando acreditada la condición de víctimas de los accionantes, como quedó explicado, huelga inferir el dolor y la afección moral que se les ocasionó, por la muerte de sus cónyuges y padres, por los daños corporales y la pérdida de la capacidad laboral de los lesionados, además de que, conforme con las reglas de la experiencia, también se tiene por establecido que cada uno de los miembros de los grupos familiares dejó de percibir la ayuda económica de los fallecidos. Misma que los hijos recibirían hasta los 25 años y la cónyuge hasta su vida probable y que al arribo a la edad alcanzada de los hijos se liberaría en beneficio de los padres. Esto último, en cuanto lo que se acompasa con el deber ser exigible al amparo de la caracterización constitucional del núcleo familiar y del milenar criterio del buen padre de familia, es que los lazos familiares con el transcurso del tiempo acrecientan su solidez y permiten inferir que el grupo conservará su unidad en todos los ámbitos, incluso en el económico.

Daños estos que, sin duda, los actores no tienen por qué soportar, si se considera que el estallido de la llanta, causante del volcamiento que los produjo, fue un hecho imprevisible, irresistible, pero no externo a la actividad peligrosa de transporte de personas en automotores (...).

(...)

Entonces, la entidad territorial demandada deberá responder por la concreción del riesgo propio del ejercicio de la actividad relacionada con el uso de vehículos automotores para el transporte de personas. Mismo que asumió al tiempo que confirió la comisión y dispuso el traslado de sus integrantes.

Esto es así, porque, tratándose de la realización de un riesgo propio, basta con la demostración de que su concreción fue la causa del daño para que surja la obligación de reparar.

Lo anterior ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Sección, en punto de distinguir el caso fortuito (interno) de la fuerza mayor (externa) para efectos de concluir que en el marco de las actividades peligrosas, el primero no libera de responsabilidad.

(...)

Así las cosas, el departamento de Santander es responsable del accidente en el que perdieron la vida los señores Álvaro Carrillo Gómez y Ángel Aldana Vera y resultaron lesionados Efigenio Ayala Espinosa y Gonzalo Rodríguez Jerez, porque sucedió en el ámbito de la peligrosa actividad de conducción de vehículos automotores ejercida bajo su dirección y control. Aunque los daños no provengan de una falla atribuible a la administración, precisamente porque el hecho consistió en la concreción del riesgo propio de la actividad (caso fortuito), no extraño a la misma (fuerza mayor).

(...)

(...) Siendo así, para efectos de la liquidación de la ayuda dejada de percibir, se acogerá el planteamiento de las demandas y el recurso para calcular el aporte del padre a los hijos, hasta cuando los descendientes no discapacitados cumplan 25 años, época en la que se supone la independencia. Parámetro que ya viene siendo utilizado en la jurisprudencia de la Corporación.

(...)

Así, en lo que toca con el reconocimiento del lucro cesante, esta Sección, al amparo del fundamento jurídico y axiológico sobre el que ha sostenido la autonomía de la responsabilidad patrimonial del Estado, ha construido un criterio jurisprudencial de cara a la indemnización integral de la pérdida de los ingresos dejados de percibir por el lesionado, el fallecido y los miembros del grupo que percibían ayuda económica de aquel, apoyado en elementos desarrollados en otros campos del ordenamiento, como i) la presunción de la capacidad laboral y el salario mínimo legal, definidos desde el régimen laboral; ii) la proyección de vida probable de la víctima, adoptada mediante actos administrativos para el cálculo actuarial en materia de pensiones; iii) el incremento del salario en un 25%, por concepto de las prestaciones sociales en materia laboral; iv) la deducción de las prestaciones por la misma causa, pagadas conforme con el ordenamiento que rige la seguridad social; v) la deducción del 25% de los ingresos por concepto de los gastos propios de la víctima, con apoyo en las reglas de la experiencia y vi) la tasación de la obligación en valor presente, como se concibe desde el derecho común, con sujeción a índices de precios al consumidor y funciones de actualización en el tiempo de series uniformes de pagos (fórmulas utilizadas para estimar el lucro consolidado y el futuro), que sirven a los regímenes financiero y de política macroeconómica.

Todo ello, con el propósito de una tasación objetiva, justa de la indemnización del lucro cesante y sin que por esa razón se pretenda trasladar a la responsabilidad patrimonial del Estado cada uno de los regímenes de los que se han tomado esos elementos y, menos aún, poner las indemnizaciones en el campo de las ciencias exactas, esto es en ámbitos ajenos a los criterios cualitativos de la justicia y la equidad.

(...)

En ese orden, considera la Sala en esta oportunidad que existen importantes razones que ameritan la indemnización del lucro cesante con acrecimiento, en cuanto i) la aplicación de ese principio general no afecta la autonomía del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado; por el contrario, se aviene con las exigencias relativas a la protección constitucional de la unidad y los vínculos de solidaridad familiar, afectados con el hecho dañino imputable a la entidad pública y con los principios de justicia, equidad y reparación integral, de que tratan las disposiciones de los artículos 2º, 42, 90, 230 constitucionales y 16 de la Ley 446 de 1998 y ii) el perjuicio a ser indemnizado comprende la afectación del derecho al incremento que se habría generado desde la víctima con condición de buen padre de familia hacia cada uno de los miembros del grupo. Esto si se considera que la ocurrencia del daño no tendría que afectar la unidad patrimonial y el deber ser de su permanencia, al margen de su movilidad.

(...)

Conforme con la caracterización constitucional reseñada, la familia es "...la primera llamada a cumplir con los deberes correlativos a los derechos fundamentales de los niños" y dentro

de ella, “[l]os padres son los principales llamados a materializar la unidad familiar, dando protección y asistencia integral al menor para garantizar su desarrollo, teniendo un canal de comunicación y generando confianza”. Si los padres se desentienden de los deberes para con la unidad familiar o si su muerte trunca el cumplimiento de aquellos que asumían en orden a proteger, educar, apoyar y darles afecto, los demás miembros, en especial los menores, son directamente afectados con la ruptura familiar y la pérdida de la ayuda económica que permite al núcleo la satisfacción de las necesidades básicas.

De ahí que se entienda la existencia de una “cláusula general de responsabilidad primaria de la familia respecto del cuidado, protección y crianza de los menores de edad”, en los términos de los artículos 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 42 y 44 constitucionales, en cabeza de los padres, sobre los que recae la responsabilidad primordial de la crianza y cuidado, atendiendo al interés superior de los menores y, en general, suplir las necesidades del núcleo familiar. Conjunto de deberes y derechos recíprocos que se deben “...acrecentar, no mitigar, con miras a conservar la unidad familiar”.

(...)

En ese orden, en aplicación de los principios de justicia, equidad y reparación integral se debe tasar la indemnización de los afectados, considerados individualmente, empero, en el ámbito del derecho fundamental que les asiste a mantener los vínculos de solidaridad familiar, incluida la unidad del patrimonio, afectada por la muerte del miembro que brindaba el apoyo económico, necesario para la satisfacción de las necesidades del núcleo.

(...)

De lo anterior se impone que el mantenimiento de la unidad en la satisfacción de las necesidades del núcleo familiar, resquebrajada por la muerte accidental o violenta del miembro al que le era exigible el apoyo económico del grupo en la misma forma como lo haría el buen padre de familia, debe acompañarse con medidas de justicia, equidad y reparación integral orientadas a la satisfacción de las necesidades de cada uno de los miembros, individualmente considerados, empero, atendiendo a la unidad familiar, que deben ser asumidas por la entidad responsable de la afectación de ese derecho fundamental.

En esas circunstancias, si la limitación en el apoyo económico que experimentaría cada uno de los miembros de la familia, resulta de la división propiciada por la concurrencia de los demás a los recursos destinados a las necesidades del núcleo, en razón de la unidad y de la cláusula general de responsabilidad familiar, el deber ser exigible a la luz del criterio objetivo del buen padre de familia y la equidad llevan a la inexorable conclusión en el sentido de que, extinguido el derecho de uno a concurrir en la repartición de la ayuda económica del núcleo familiar, a los demás miembros les asiste el derecho propio a que se los apoye en la satisfacción de sus necesidades sin sujeción a esa limitación.

(...)

De donde no queda la menor duda en cuanto a que el derecho de percibir el incremento en la ayuda económica, que le asiste a cada uno de los miembros de la familia por el hecho de extinguirse la limitación originada en la concurrencia de otro integrante del grupo, constituye un interés jurídicamente protegido, al amparo del derecho fundamental a mantener la unidad y los vínculos de solidaridad familiar; mismo que se afecta por la pérdida accidental o violenta del padre o madre, pues, además de que por ese hecho se debilita la estructura familiar

(estable, la pérdida del derecho de acrecimiento afecta económicamente la realización del proyecto de vida y, en general, la satisfacción de las necesidades del núcleo que propician a sus miembros el goce del ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos, los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige.

En esas circunstancias, resulta claro que siendo el hecho dañino del derecho de acrecimiento imputable a la entidad estatal, la víctima no tiene por qué soportar la afectación o pérdida de ese interés jurídicamente protegido.

(...)

Siendo así, la Sala no encuentra razón para negarle a los demandantes su derecho al acrecimiento del lucro cesante, cuando en la línea temporal para unos se vaya extinguiendo el derecho a la porción, pues, de no haber ocurrido la muerte de los padres y cónyuges de los actores, lo que habría ocurrido al tenor del derecho fundamental a mantener la unidad, los vínculos de solidaridad familiar y del deber ser al que se debe el buen padre de familia, es que, cuando, por el transcurso del tiempo, en la economía de las familias estables se liberan obligaciones frente a uno de sus integrantes, ello permite el incremento normal que demanda la atención de los restantes, cuyas necesidades, para entonces, son más exigentes en términos de costos.

En suma, el tridente de los principios de justicia, equidad y reparación integral resulta de la mayor importancia, en cuanto fundamentan jurídica y axiológicamente el lucro cesante con acrecimiento, toda vez que se trata de la indemnización que realiza el deber ser que habrá de acompañar la distribución del patrimonio del buen padre de familia.

Así, a los integrantes del grupo familiar que dejaron de percibir la ayuda económica del fallecido se les liquidará el lucro cesante con el acrecimiento al que tienen derecho, por el hecho de extinguirse la concurrencia de cada uno de los demás miembros que limitaba la participación en los recursos destinados a la satisfacción de las necesidades del núcleo familiar.

(...)

Aplicando los criterios de liquidación del lucro cesante señalados en la jurisprudencia vigente, se procede con el acrecimiento, como sigue:

- 1) Se establece la renta mensual del fallecido, destinada a la ayuda económica del grupo familiar, a partir de los ingresos mensuales devengados por aquel al momento del deceso. Los salarios no integrales se incrementan en un 25%, por concepto de prestaciones sociales. Del ingreso mensual obtenido se deduce el 25% correspondiente a los gastos personales del trabajador. El valor así calculado se actualiza con el Índice de Precios al Consumidor. El resultado final es la renta actualizada (Ra).
- 2) Se determina el tiempo máximo durante el cual se habría prolongado la ayuda económica al grupo familiar (Tmax). Al efecto se toma el menor valor, en meses, resultante de comparar el periodo correspondiente al miembro del grupo familiar que hubiere recibido la ayuda durante más largo tiempo, teniendo en cuenta la edad de 25 años, en la que se presume la independencia económica de los hijos no discapacitados y la expectativa de vida en los demás casos, con el periodo correspondiente a la expectativa de vida del fallecido. Asimismo, se halla el tiempo consolidado o transcurrido desde la ocurrencia de los hechos hasta la fecha la sentencia (Tcons), y el tiempo futuro (Tfut), que corresponde al periodo que falta para completar el tiempo máximo de la ayuda económica, esto es, $(Tfut) = (Tmax) - (Tcons)$.

- 3) Con la renta actualizada (Ra) se calcula la renta destinada a la ayuda económica para el grupo familiar, dejada de percibir por el fallecido, durante el tiempo consolidado (Rc) y el tiempo futuro (Rf), aplicando las fórmulas acogidas por la jurisprudencia vigente.

Así, la renta destinada a la ayuda económica para el grupo familiar, dejada de percibir por el fallecido, durante el tiempo consolidado (Rc), se calcula aplicando la siguiente ecuación:

$$Rc = \frac{Ra \times (1+i)^n}{i}$$

Donde: i = al interés mensual legal (0,004867) y n = (Tcons).

Y la renta destinada a la ayuda económica para el grupo familiar, dejada de percibir por el fallecido durante el tiempo futuro (Rf), se calcula aplicando la siguiente ecuación:

$$Rf = \frac{Ra \times [(1+i)^n - 1]}{i(1+i)^n}$$

Donde: i = al interés mensual legal (0,004867) y n = (Tfut).

- 4) Luego, se distribuye entre los actores beneficiarios la renta dejada de percibir por el fallecido durante el tiempo consolidado (Rc) y el tiempo futuro (Rf), teniendo en cuenta i) el periodo durante el que cada uno de ellos la habría percibido; ii) que de existir cónyuge o compañero(a) supérstite e hijos, se asigna el 50% del lucro cesante para el primero, la otra mitad a los hijos por partes iguales y, siendo único beneficiario, al cónyuge o compañero(a) supérstite se le asigna el 50% de la renta dejada de percibir por el trabajador y iii) que la porción dejada de percibir por uno de los beneficiarios acrecerá, por partes iguales, las de los demás.

Al efecto, se halla el valor de la renta a distribuir (Vd) como lucro cesante entre los beneficiarios, en cada uno de los periodos en los que debe hacerse el acrecimiento, dividiendo el valor de la renta dejada de percibir -(Rc) o (Rf)- por el tiempo consolidado o futuro -(Tcons) o (Tfut)-, según corresponda y multiplicando el resultado por el número de meses del periodo en el que se va a distribuir (Pd). En los cálculos se utilizarán cifras con dos decimales, salvo en el caso del interés legal señalado.

Así, por ejemplo, siendo beneficiarios de la ayuda económica el cónyuge supérstite o compañero(a) permanente y tres hijos menores de 25 años, i) se hace una primera asignación de la renta entre los cuatro beneficiarios, distribuyendo el valor correspondiente al número de meses que le faltan al primer hijo para cumplir los 25 años edad (Pd1), en las proporciones señaladas; ii) en el segundo periodo (Pd2) se distribuye el valor de la renta correspondiente a los meses que le faltan al segundo hijo para alcanzar la independencia económica, asignando al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite el 50% del valor a distribuir más la tercera parte de la porción que le habría correspondido al primer hijo que cumplió los 25 años edad, y a cada uno de los dos hijos restantes, la tercera parte del valor a distribuir más la tercera parte de la porción del acrecimiento; iii) en el tercer

periodo (Pd3) se distribuye el valor de la renta correspondiente a los meses que le faltan al tercer hijo para alcanzar la edad de 25 años, asignando al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite el 50% del valor a distribuir más la mitad de la porción que le habría correspondido al segundo hijo que cumplió la edad de autonomía económica, y al hijo restante, la otra mitad del valor a distribuir más la mitad de la porción del acrecimiento y iv) en el cuarto periodo (Pd4) se asigna al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite el 50% de la renta pendiente por distribuir, comoquiera que la otra mitad corresponde al incremento en las reservas para las necesidades del trabajador.

Esta metodología, sin duda, responde a la distribución justa y equitativa del patrimonio familiar exigible conforme con el criterio del buen padre de familia y, por tanto, permite reducir la distancia entre la realidad, el deber ser, la decisión judicial y se acompasa plenamente con i) la protección de la unidad y armonía familiar, en las que constitucionalmente se funda la satisfacción de las necesidades básicas del núcleo familiar; ii) la prerrogativa que les asiste a cada uno de los miembros del grupo familiar a mejorar su participación en la ayuda económica a que tienen derecho, por la sola circunstancia de haber desaparecido las limitaciones derivadas de la concurrencia de los miembros a los que se les extinguió ese derecho, como lo exige el principio general de acrecimiento y iii) los principios de justicia, equidad y reparación integral, de que tratan las disposiciones de los artículos 2°, 90 y 230 constitucionales y 16 de la Ley 446 de 1998.

En suma, en los procesos de reparación directa, cuando quiera que esté acreditada la afectación de la unidad en la que se funda la satisfacción de las necesidades básicas del núcleo familiar, al cónyuge o compañero(a) supérstite y a los hijos menores o discapacitados que conforman el grupo del fallecido se les reconocerá el lucro cesante teniendo en cuenta la unidad familiar afectada. A estos efectos se aplicará el acrecimiento, de conformidad con los criterios y la metodología expuestos para la liquidación del lucro cesante”.

FUENTES: Artículo 86 del C. C. A.; Artículo 90 Constitución Política; Artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

DECISIÓN:

“PRIMERO. UNIFICAR la jurisprudencia en el sentido de que en los procesos de reparación directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los que se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado por la pérdida de la vida de seres queridos, los perjuicios por lucro cesante ocasionados a las personas que percibían ayuda económica del fallecido, se reconocerán y liquidarán teniendo en cuenta la unidad familiar, esto es con acrecimiento, en los términos de esta decisión.

SEGUNDO. MODIFICAR la sentencia del 5 de julio de 2000, proferida por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá, la cual se subroga totalmente por las siguientes decisiones.

TERCERO. DECLARAR FUNDADAS las excepciones propuestas, tanto por las aseguradoras sobre las exclusiones del lucro cesante y el daño moral, como por el señor Jorge Aurelio Mantilla Calderón, referida a la ausencia de dolo o culpa grave.

CUARTO. NEGAR las demás excepciones propuestas por los sujetos accionados.

QUINTO. DECLARAR al departamento de Santander, administrativa y patrimonialmente responsable por los daños ocasionados a los demandantes a consecuencia del accidente ocurrido el 18 de diciembre de 1991, de que tratan los procesos acumulados a esta causa.

SEXTO. CONDENAR al departamento de Santander a pagar a los demandantes:

6.1 por perjuicios morales, las siguientes cantidades, en salarios mínimos mensuales legales vigentes, liquidados a la fecha de ejecutoria de la presente decisión: (i) cien (100) para cada uno de estos demandantes: María Antonia Gómez de Carrillo, Angélica María Carrillo Gómez, Alba Johanna Carrillo Gómez y Álvaro Yesid Carrillo Gómez, demandantes en el proceso 12.328, y María Doris García Mendoza, Ingrid Suley Aldana García y Rubén Darío Aldana García, actores en el proceso 12.329; (ii) sesenta (60) para Gonzalo Rodríguez Jerez, demandante en el proceso 13.838 y (iii) veinte (20) para Efigenio Ayala Espinosa, demandante en el proceso 13.839.

6.2 por lucro cesante: (i) trescientos setenta y un millones cuatrocientos ochenta y seis mil trescientos cuarenta y un pesos con sesenta y ocho centavos (\$371.486.341,68) para María Antonia Gómez Cáceres; setenta millones novecientos cuatro mil ciento treinta y un pesos con noventa y ocho centavos (\$70.904.131,98) para Angélica María Carrillo Gómez; ciento tres millones ochocientos cuarenta y cuatro mil seiscientos cuarenta y siete pesos con dos centavos (\$103.844.647,02) para Alba Johana Carrillo Gómez y ciento veintitrés millones trescientos veintitrés mil cuatrocientos sesenta y tres pesos con noventa y siete centavos (\$123.323.463,97) para Álvaro Yesid Carrillo Gómez, demandantes en el proceso 12.328; (ii) trescientos ochenta y ocho millones seiscientos setenta y dos mil quinientos ochenta y nueve pesos con ochenta y siete centavos (\$388.672.589,87) para María Doris García Mendoza; noventa y ocho millones trescientos cincuenta y cinco mil quinientos pesos con veinticinco centavos (\$98.355.500,25) para Rubén Darío Aldana García y ciento cuarenta y tres millones seiscientos veintidós mil seiscientos cincuenta y nueve pesos con sesenta y tres centavos (\$143.622.659,63) para Ingrid Suley Aldana García, demandantes en el proceso 12.329; (iii) doscientos setenta y nueve millones doscientos mil trece pesos con veintitrés centavos (\$279.200.013,23) para Gonzalo Rodríguez Jerez, actor en el proceso 13.838 y (iv) ciento dieciocho millones ochocientos cinco mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos con setenta y cinco centavos (\$118.805.447,75) para Efigenio Ayala Espinosa, demandante en el proceso 13.839.

SÉPTIMO. NEGAR las demás pretensiones.

OCTAVO. Como los daños reconocidos no se encuentran amparados por las pólizas de seguro, ABSOLVER a las compañías llamadas en garantía.

NOVENO. ABSOLVER al señor Jorge Aurelio Mantilla Calderón, pues no se acreditó que incurriera en dolo o culpa grave.

UNDÉCIMO. NO CONDENAR en costas, pues no quedó acreditado que el departamento de Santander obrara procesalmente con temeridad alguna.

DUODÉCIMO. De conformidad con lo dispuesto en los Arts. 115 del C. P. C. y 37 del Decreto 359 de 1995, para el cumplimiento de esta sentencia EXPÍDANSE COPIAS con destino a las partes, las cuales serán entregadas al apoderado que venga actuando en cada caso.

DÉCIMO TERCERO: En firme esta providencia, REMITIR la actuación al Tribunal de origen."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Los procesos acumulados, identificados originalmente con los números internos 12.328, 12.329, 13.838 y 13.839, coinciden en los siguientes supuestos fácticos:

1. El 18 de diciembre de 1991, el campero de placas HT-5211, modelo 1990, de propiedad del departamento de Santander, se accidentó en la carretera Saboyá-Chiquinquirá, aproximadamente a 2 km de esta última población. El automotor era conducido por el señor Jorge Aurelio Mantilla Calderón. Como pasajeros viajaban los señores Álvaro Carrillo Gómez, Ángel Aldana Vera, Efigenio Ayala Espinosa, Gonzalo Rodríguez Jerez y Jaime Ortiz Peña. En el accidente murieron los señores Carrillo Gómez y Aldana Vera y los demás ocupantes quedaron lesionados.
2. El conductor y los pasajeros, a excepción del señor Ortiz Peña, eran servidores públicos del departamento de Santander. Para el momento de los hechos, cumplían una comisión de trabajo asignada por la Secretaría de Planeación del departamento.
3. Los demandantes señalaron como causas del accidente: (i) la inexperiencia del conductor asignado, que se desempeñaba como obrero del ente territorial demandado, sin función de conductor oficial, (ii) el exceso de velocidad y (iii) el estado de una de las llantas delanteras del vehículo".

"El proceso originario 12.328

El 2 de julio de 1992, a través de apoderado, la señora María Antonia Gómez de Carrillo, en nombre propio y en representación de sus hijos Angélica María, Alba Johanna y Álvaro Yesid Carrillo Gómez, para entonces menores de edad, formuló las siguientes pretensiones:

PRIMERA: El Departamento de Santander (secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios de todo orden sufridos por los demandantes a consecuencia de la muerte violenta del señor Álvaro Carrillo Gómez, ocurrida en comprensión municipal de Chiquinquirá (Boyacá), el día 18 de diciembre de 1991, en accidente de tránsito.

SEGUNDA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) pagará a cada uno de los demandantes, como compensación por el daño moral subjetivo derivado de la pérdida de su ser querido, mil gramos de oro convertidos a moneda nacional, al precio de venta que certifique el Banco de la República, para la fecha de los hechos actualizado a la fecha de ejecutoria del fallo mediante la aplicación de los índices de precios al consumidor, o, subsidiariamente, al precio de venta del mencionado metal en la fecha de dicha ejecutoria.

TERCERA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) indemnizará a la esposa y a los hijos del occiso los daños y perjuicios de orden material sufridos a consecuencia de la muerte de su esposo y padre, así:

El lucro cesante, determinado por el hecho consistente en haberse visto privados de su sostén económico, el cual será calculado sobre la base de un ingreso mensual del occiso equivalente a ciento setenta y dos mil pesos con cuarenta y tres centavos (\$172.072,43).

CUARTA: En todo caso, el momento indemnizatorio se actualizará, y la indexación se hará de acuerdo con los índices de precios al consumidor, en obediencia al Art 178 del C. C. A.

QUINTA: Para el cálculo del lucro cesante, se tendrá en cuenta el acrecimiento, de modo que, llegado uno de los hijos a la edad de 25 años, su parte pasará a engrosar la renta de los otros, por partes iguales, y así sucesivamente, hasta que, finalmente, al menor le corresponda la totalidad de la renta propia de los hijos; y llegado este último a la edad de 25 años, es decir, cuando haya cesado la dependencia económica de todos los hijos pasará a engrosar la correspondiente a la viuda del occiso.

SEXTA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176 y 177 del C. C. A. El proceso acumulado 12.329

En la misma fecha, 2 de julio de 1992, la señora María Doris García Mendoza, que actúa en nombre propio y en representación de sus hijos Ingrid Suley y Rubén Darío Aldana García, para entonces menores de edad, formuló a través de abogado las siguientes pretensiones:

PRIMERA: El Departamento de Santander (secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios de todo orden sufridos por los demandantes a consecuencia de la muerte violenta del señor Ángel Aldana Vera, ocurrida en comprensión municipal de Chiquinquirá [Boyacá], el día 18 de diciembre de 1991, en accidente de tránsito.

SEGUNDA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) pagará a cada uno de los demandantes, como compensación por el daño moral subjetivo derivado de la pérdida de su ser querido, mil gramos de oro convertidos a moneda nacional, al precio de venta que certifique el Banco de la República, para la fecha de los hechos actualizado a la fecha de ejecutoria del fallo mediante la aplicación de los índices de precios al consumidor, o, subsidiariamente, al precio de venta del mencionado metal en la fecha de dicha ejecutoria.

TERCERA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) indemnizará a la esposa y a los hijos del occiso los daños y perjuicios de orden material sufridos a consecuencia de la muerte de su esposo y padre, así:

El Lucro cesante, determinado por el hecho consistente en haberse visto privados de su sostén económico, el cual será calculado sobre la base de un ingreso mensual del occiso equivalente a ciento sesenta y siete mil novecientos treinta y siete pesos (\$167.937).

CUARTA: En todo caso, el momento indemnizatorio se actualizará, y la indexación se hará de acuerdo con los índices de precios al consumidor, en obediencia al Art 178 del C. C. A.

QUINTA: Para el cálculo del lucro cesante, se tendrá en cuenta el acrecimiento, de modo que, llegado uno de los hijos a la edad de 25 años, su parte pasará a engrosar la renta de los otros, por partes iguales, y así sucesivamente, hasta que, finalmente, al menor le corresponda la totalidad de la renta propia de los hijos; y llegado este último a la edad de 25 años, es decir, cuando haya cesado la dependencia económica de todos los hijos pasará a engrosar la correspondiente a la viuda del occiso.

SEXTA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176 y 177 del C. C. A.

El proceso acumulado 13.838

El 11 de enero de 1994, el señor Gonzalo Rodríguez Jerez impetró a través de apoderado las siguientes pretensiones:

PRIMERA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios de todo orden sufridos por el demandante a consecuencia de las lesiones personales recibidas en accidente de tránsito acaecido en comprensión municipal de Chiquinquirá (Boyacá), el día 18 de diciembre de 1991.

SEGUNDA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) pagará al demandante, como compensación por el daño moral subjetivo derivado de las lesiones padecidas, mil gramos de oro convertidos a moneda nacional, al precio de venta que certifique el Banco de la República, para la fecha de los hechos actualizado a la fecha de ejecutoria del fallo mediante la aplicación de los índices de precios al consumidor, o, subsidiariamente, al precio de venta del mencionado metal en la fecha de dicha ejecutoria.

TERCERA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) pagará a la víctima indemnización por perjuicios materiales así:

El lucro cesante, el cual será calculado sobre la base de un ingreso mensual de la víctima equivalente a ciento setenta y dos mil pesos con cuarenta y tres centavos (\$172.072,43)

El daño emergente, correspondiente al valor total de su tratamiento médico, entendido por tal aquel que efectivamente se hizo y que no haya sido cubierto por el Departamento de Santander como responsable del perjuicio, no importa si lo cubrió el actor o alguna otra persona o entidad, y aquel que no se hizo pero que debería haberse hecho porque la naturaleza, intensidad y características de sus lesiones lo requerían.

Estimo este perjuicio en la suma actual de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000).

CUARTA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación) compensará al actor el perjuicio fisiológico, de acuerdo a la equidad. Lo estimó en mil gramos de oro (1000 gramos oro) al precio de venta que certifique el banco de la República para la fecha de ejecutoria de la demanda.

QUINTA: En todo caso, el momento indemnizatorio se actualizará, y la indexación se hará de acuerdo con los índices de precios al consumidor, en obediencia al art. 178 del C. C. A.

SEXTA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176 y 177 del C. C. A.

El proceso acumulado 13.839

El señor Efigenio Ayala Espinosa, a través de abogado, el 11 de enero de 1994 demandó las siguientes pretensiones:

PRIMERA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios de todo orden sufridos por el demandante a consecuencia de las lesiones personales recibidas en accidente de tránsito acaecido en comprensión municipal de Chiquinquirá (Boyacá), el día 18 de diciembre de 1991.

SEGUNDA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) pagará al demandante, como compensación por el daño moral subjetivo derivado de las lesiones padecidas, mil gramos de oro convertidos a moneda nacional, al precio de venta que certifique el Banco de la República, para la fecha de los hechos actualizado a la fecha de ejecutoria del fallo mediante la aplicación de los índices de precios al consumidor, o, subsidiariamente, al precio de venta del mencionado metal en la fecha de dicha ejecutoria.

TERCERA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) pagará a la víctima indemnización por perjuicios materiales así:

El Lucro cesante, el cual será calculado sobre la base de un ingreso mensual de la víctima equivalente a ciento setenta y dos mil pesos con cuarenta y tres centavos (\$172.072,43).

CUARTA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación) compensará al actor el perjuicio fisiológico, de acuerdo a la equidad. Lo estimo en mil gramos de oro (1000 gramos oro) al precio de venta que certifique el banco de la República para la fecha de ejecutoria de la demanda.

QUINTA: En todo caso, el momento indemnizatorio se actualizará, y la indexación se hará de acuerdo con los índices de precios al consumidor, en obediencia al art. 178 del C. C. A.

SEXTA: El Departamento de Santander (Secretaría de Obras Públicas-Secretaría de Planeación Departamental) dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176 y 177 del C. C. A.”.

DECISIÓN:

“Mediante sentencia del 5 de julio de 2000, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá negó las excepciones propuestas. (...) En ese orden, se declaró a la administración responsable de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante y se ordenó su liquidación considerando la vida probable de los cónyuges, la mayoría de edad de los hijos y el ingreso de los fallecidos, deducido en una cuarta parte, por concepto de los gastos personales en que estos habrían incurrido. Asimismo, se dispuso asignar a cada cónyuge superviviente el 50% del ingreso dejado de percibir por el trabajador y distribuir proporcionalmente la otra mitad entre los hijos.”

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Danilo Rojas Betancourth y Stella Conto Díaz del Castillo.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 05001-23-31-000-1997-01439-01 (29274-29758)	FECHA: .../05/15
PONENTE: Ramiro Pazos Guerrero		ACTOR: Ana Lucía Presiga de Moreno y otros; Sergio de Jesús Urrea García y otros.	
DEMANDADO: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - Municipio de Medellín			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se denegaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 90 Constitución Política

TEMA PRINCIPAL: Falla en el servicio imputable a la Policía Nacional por omisión del deber de vigilancia y seguridad. Elementos del régimen objetivo de responsabilidad. Responsabilidad del Estado por actos terroristas.

TEMA COMPLEMENTARIO: No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Expediente n.º 29274

(...) "la parte actora presentó recurso de apelación en el que insistió en la existencia de una falla en el servicio en cabeza de las entidades demandadas, en vista de que no adoptaron las medidas de seguridad necesarias para proteger a las personas que asistían al programa cultural celebrado el 10 de junio de 1995 en el parque San Antonio de Medellín, entre ellas la señora Beatriz Helena Moreno Presiga. Agregó que la situación de orden público derivada del enfrentamiento de las fuerzas policiales con los grupos violentos hacía previsible que se presentara un atentado terrorista en el desarrollo de dicho evento y que, a pesar de ello, las autoridades no desplegaron un dispositivo de seguridad acorde con la amenaza afrontada, lo que era posible debido a la cercanía de la estación de policía de La Candelaria. Reiteró, además, que si bien el parque San Antonio no constituye un objetivo militar, sí tiene un significado simbólico para los violentos, dado que el autor de las esculturas que allí reposan es el padre del entonces ministro de defensa Fernando Botero Zea, quien le había declarado la guerra a los carteles del narcotráfico. Concluye, finalmente, que ningún ciudadano está obligado a soportar las consecuencias de los actos de guerra dirigidos contra el orden establecido, por lo que se debe revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, proferirse una en que se acceda a las pretensiones de la demanda".

Expediente n.º 29758

(...) "la parte actora presentó recurso de apelación en el que insistió en la existencia de una falla en el servicio en cabeza de las entidades demandadas, en vista de que no adoptaron las medidas de seguridad necesarias para proteger a las personas que asistían al programa cultural celebrado el 10 de junio de 1995 en el parque San Antonio de Medellín, entre ellas la joven July Catalina Urrea Arbeláez. Agregó que la situación de orden público derivada de la lucha contra el narcotráfico en la ciudad hacía previsible que se presentara un atentado terrorista en el desarrollo de dicho evento y que, a pesar de ello, las autoridades no desplegaron un dispositivo de seguridad acorde con la amenaza afrontada, lo que era posible debido a la cercanía de la estación de policía de La Candelaria. Reiteró, además, que si bien el parque San Antonio no supone un objetivo militar, sí tiene un significado simbólico para los violentos, dado que el autor de las esculturas que allí reposan es el padre del entonces ministro de defensa Fernando Botero Zea, quien le había declarado la guerra a los carteles del narcotráfico. Señala, por último, que ningún ciudadano está obligado a soportar los efectos de los actos de guerra dirigidos contra el orden establecido, por lo que se debe revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"En el presente caso, la Sala encuentra probado el **daño**, pues la muerte de Beatriz Helena Moreno Presiga y July Catalina Urrea Arbeláez como consecuencia del estallido de un artefacto explosivo en el parque San Antonio de Medellín el 10 de junio de 1995, durante la celebración del evento cultural llamado "Yo soy Cartagena", es un hecho acreditado en el expediente a partir del abundante material probatorio.

(...)

La lectura de estos documentos permite concluir que las medidas de seguridad tomadas por la Policía Nacional para el desarrollo pacífico del evento consistieron en el despliegue de un grupo de 19 bachilleres, que recibieron órdenes de extremar las medidas preventivas, proceder a la requisita de cualquier sospechoso e informar de cualquier novedad. Se debe agregar que las diligencias adelantadas en la investigación penal seguida por dicho atentado no arrojan mayores luces sobre el dispositivo que organizó la Policía para la protección de la población asistente.

En vista de lo anterior, para la Sala no tiene cabida el argumento de la parte actora según el cual las entidades demandadas no hicieron esfuerzo alguno para proteger a la comunidad que asistió a la jornada de integración denominada "Yo soy Cartagena", realizada el 10 de junio de 1995 en el parque San Antonio de la ciudad de Medellín. Como puede observarse en los oficios citados, la Policía Metropolitana, a solicitud del director del evento, dispuso un cuerpo uniformado de 19 bachilleres que estaban dirigidos por un oficial de la Policía y tenían órdenes de tomar las mayores precauciones para el desarrollo normal del evento. Por su parte, la alcaldía municipal dispuso un cuerpo de bomberos que realizó labores de inspección en el lugar, impuso una restricción al consumo de licor, ordenó que el sonido tuviera un volumen moderado y solicitó que el parque fuera dejado en las condiciones en que se había habilitado.

Dada la naturaleza de este evento, es decir, un festejo cultural que buscaba integrar la cultura cartagenera en la capital antioqueña y así favorecer el intercambio comercial, la gastronomía y el arte de la ciudad heroica, organizado por una cooperativa de artesanos y celebrado en un parque abierto a la comunidad para la asistencia libre, se concluye que el dispositivo de seguridad desplegado por la Policía Metropolitana, así como las labores preventivas dispuestas por el municipio de Medellín, fueron medidas razonables y proporcionales al carácter del evento.

(...)

De todo lo anterior se desprende que aunque el orden público en la ciudad de Medellín se encontraba alterado –como en diversas zonas del país que sufrieron y sufren todavía los rigores del conflicto armado y el narcotráfico–, esto no significa que las autoridades civiles o policiales tuvieran un conocimiento cierto de que en el parque San Antonio, el 10 de junio de 1995, se iba a cometer un atentado contra la población civil, de manera que surgiera para ellas el deber de desactivar ese riesgo a través del despliegue de fuerzas de seguridad. Contrario a lo sostenido por la parte demandante, el ataque que sufrió la capital antioqueña no era previsible para las autoridades, pues se trató de un acto intempestivo frente al cual la mayor precaución resultaba inerte. Al respecto, el jefe del grupo antiexplosivos de la Policía Metropolitana reconoció que este tipo de atentados se ejecutan *“súbitamente, es decir, aprovechando el factor sorpresa”*. Al no haberse probado que las entidades demandadas tuvieran conocimiento del riesgo que corría la población y, en particular, la señora Moreno Presiga al asistir al evento programado en el parque San Antonio de Medellín, se concluye que no le era exigible a estas que adoptaran un esquema de seguridad más fuerte que el que dispusieron.

(...)

De lo anterior se desprende, además, que el atentado no puede interpretarse como un ataque contra un ente representativo del Estado, pues la relación que se ha querido plantear entre el hecho violento y la relación de parentesco del Ministro de Defensa con el autor de la obra destruida, es bastante endeble. En esa medida, no es posible sostener, con base en la teoría del daño especial, que se haya producido un daño antijurídico que la administración esté en la obligación de indemnizar.

(...)

“En el asunto que hoy ocupa a la Sala, se acogerá el precedente trazado en la sentencia del 6 de junio de 2013, no solo porque se trata de una sentencia posterior a la proferida por la Subsección B, dictada con el propósito de unificar la jurisprudencia sobre los hechos objeto de debate, sino además porque, por las razones expuestas, no se observa una falla en el servicio imputable a la Policía Nacional ni se encuentran configurados los elementos para que se acuda al régimen objetivo de la responsabilidad del Estado.

Baste con añadir, para dar respuesta a los argumentos planteados en la sentencia de 6 de junio de 2013, que el hecho de que el artefacto tuviera un peso aproximado de 10 kilogramos no implica que se trate de un dispositivo que se pueda advertir con un sencillo registro de área, pues la detección clara de un objeto depende de diversos factores: de rasgos físicos como el tamaño, el color y el volumen; de la ubicación precisa y el camuflaje empleado; de las condiciones de visibilidad en la zona –recuérdese que el festival tuvo lugar en horas de la noche–, entre otros. Además, no parece imperativo que el deber de la Policía Nacional de prestar seguridad en el evento artesanal implicara necesariamente la delimitación física del lugar mediante el bloqueo o el acordonamiento de la plaza, pues, por una parte, el parque San Antonio es de uso público y el tránsito por el mismo goza de cierta libertad, y por otro lado, la clase de programa a celebrar –un encuentro cultural–, hacía que se estimara innecesario un pie de fuerza y unos controles robustos.

En conclusión, dado que en este caso no se reúnen los elementos de juicio y las pruebas suficientes para que se declare la responsabilidad del Estado por la muerte de la señora Beatriz Helena Moreno Presiga y de la joven July Catalina Urrea Arbeláez, por las razones expuestas en este fallo, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda”.

FUENTES: Artículo 86 del Código Contencioso Administrativo; Artículo 357 del Código de Procedimiento Civil; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de junio de 2013, Exp.: 26011, C.P.: Enrique Gil Botero.

DECISIÓN:

"PRIMERO: CONFIRMAR las sentencias de 30 de julio de 2004 y 29 de julio de 2004, proferidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, Sala de Descongestión, en las cuales se denegaron las súplicas de las demandas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Expediente n.º 29274

Mediante escrito presentado el 10 de junio de 1997 y dirigido al Tribunal Administrativo de Antioquia, Ana Lucía Presiga de Moreno, en nombre propio y en representación de la menor de edad Yurani Andrea Mejía Moreno, nieta y pupila suya, y Rafael Antonio Moreno Duque, Gloria Patricia, Claudia de Jesús, Luz Dary, William de Jesús, Nohemy del Pilar y Adix Cecilia Moreno Presiga, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, presentaron demanda contra la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional-Municipio de Medellín con el fin de lograr las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional y el Municipio de Medellín, son solidaria y administrativamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a Ana Lucía Presiga de Moreno, Yurani Andrea Mejía Moreno, Rafael Antonio Moreno Duque, Ana Lucila, Gloria Patricia, Claudia de Jesús, Luz Dary, William de Jesús, Nohemy del Pilar y Adix Cecilia Moreno Presiga, con la muerte de Beatriz Helena Moreno Presiga, a raíz de la explosión de una bomba en el parque San Antonio de la ciudad de Medellín, el día 10 de junio de 1995.

1.2. Como consecuencia de la declaración anterior, condénese a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional y el Municipio de Medellín a pagar:

A. A todos y cada uno de los demandantes el equivalente en pesos de dos mil (2000) gramos de oro fino, a la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva, por concepto de perjuicios morales.

B. A Rafael Antonio Duque, por concepto de perjuicios materiales, en su manifestación de daño emergente, debidamente actualizados, por lo que tuvo que pagar por los gastos exequiales del cadáver de su hija Beatriz Helena Moreno Presiga.

C. A Yurani Andrea Mejía Moreno, por concepto de perjuicios materiales, en su modalidad de lucro cesante, el 75% de los ingresos laborales de Beatriz Helena Moreno Presiga, resultantes de la frustración de la ayuda económica que venía recibiendo de su protectora muerta, más el 25% por incremento prestacional, capitalizadas las rentas de que fue privada a la fecha del infortunio y pagaderas, junto con los intereses compensatorios por la privación de su uso, desde entonces y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, en pesos de valor constante, en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el proceso.

(...)

Si no existieren bases suficientes para hacer los cálculos de estos perjuicios, el Tribunal, por razones de equidad, los concretará en el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia a cuatro mil [4000] gramos oro fino, de acuerdo con los artículos 4 y 8 de la Ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal.

14. Las demandadas darán cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Como fundamento de la demanda, la parte actora alegó que la muerte de la señora Beatriz Helena Moreno Presiga, ocurrida el 10 de junio de 1995 en el parque San Antonio de Medellín como consecuencia de la explosión de una bomba ubicada por aquel sitio por miembros de grupos terroristas, resulta imputable a la Policía Nacional y al municipio de Medellín a título de falla en el servicio. En el caso de la primera, los demandantes alegaron que la entidad no prestó el servicio de control y vigilancia para espectáculos públicos –a pesar de que dicho parque está ubicado a una cuadra del comando de la policía metropolitana y a dos cuadras de la estación de La Candelaria–, pues no hizo ningún esfuerzo por evitar el atentado, y que sus agentes reaccionaron de forma tardía. En el caso del ente territorial, manifestaron que la alcaldía de Medellín convocó a la ciudadanía al festival del parque San Antonio y difundió el mismo por medios masivos de comunicación sin adoptar las medidas idóneas para garantizar la vida e integridad de los asistentes. Indicaron, además, que el alcalde municipal, al ser la primera autoridad de policía, debió disponer al personal uniformado para tal efecto. Sostuvieron, por otra parte, que el ataque terrorista en dicho parque era previsible para las autoridades debido a que las esculturas del artista Fernando Botero tenían un "significado simbólico" para las organizaciones criminales, por tratarse de obras del padre del entonces ministro de defensa, Fernando Botero Zea, que por la misma época le había declarado la guerra a los carteles del narcotráfico. En consecuencia, solicitaron la indemnización de los perjuicios causados a la hija de la víctima, que quedó huérfana y está bajo la tutela de su abuela, así como a los padres y hermanos de la directamente afectada.

Expediente n.º 29758

Mediante escrito presentado el 10 de junio de 1997 y dirigido al Tribunal Administrativo de Antioquia, los señores Sergio de Jesús Urrea García y Beatriz Elena Arbeláez Bustamante, en nombre propio y en representación de la menor de edad Leidy Diana Urrea Arbeláez, y la señora María Ernestina García de Urrea, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, presentaron demanda contra la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional-Municipio de Medellín con el fin de lograr las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional y el Municipio de Medellín, son solidaria y administrativamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a Sergio de Jesús Urrea García, Beatriz Elena Arbeláez Bustamante, Leidy Diana Urrea Arbeláez y María Ernestina García de Urrea con la muerte de July Catalina Urrea Arbeláez, a raíz de la explosión de una bomba en el parque San Antonio de la ciudad de Medellín, el día 10 de junio de 1995.

1.2. Como consecuencia de la declaración anterior, condénese a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional y al Municipio de Medellín, a pagar a todos y cada uno de los demandantes el equivalente en pesos de dos mil [2000] gramos de oro fino, a la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva, por concepto de perjuicios morales.

(...)

En subsidio

Si no existieren bases suficientes para hacer los cálculos de estos perjuicios, el Tribunal, por razones de equidad, los concretará en el equivalente en pesos de la fecha de ejecutoria de la sentencia a cuatro mil (4000) gramos oro fino, de acuerdo con los artículos 4 y 8 de la Ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal.

14. Las demandadas darán cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Como fundamento de la demanda, la parte actora alegó que la muerte de la joven July Catalina Urrea Arbeláez, ocurrida el 10 de junio de 1995 en el parque San Antonio de Medellín como consecuencia del estallido de un artefacto explosivo, es imputable a la Policía Nacional y al municipio de Medellín a título de falla en el servicio. En el caso de la primera, por no haber prestado el servicio de control y vigilancia para espectáculos públicos –a pesar de que dicho parque está ubicado a una cuadra del comando de la policía metropolitana y a dos cuadras de la estación de La Candelaria–, pues no hizo ningún esfuerzo por evitar el atentado, y que sus agentes reaccionaron de forma tardía. En el caso del ente territorial, por haber convocado a la ciudadanía al festival y haberlo difundido por medios de comunicación sin adoptar las medidas idóneas para garantizar la vida y seguridad de los asistentes. Indicaron, además, que el alcalde municipal, al ser la primera autoridad de policía, debió disponer al personal uniformado para tal efecto. Sostuvieron, por otra parte, que el ataque terrorista en dicho parque era previsible para las autoridades debido a que las esculturas del artista Fernando Botero tenían un "significado simbólico" para las organizaciones criminales, por tratarse de obras del padre del entonces ministro de defensa, Fernando Botero Zea, que por la misma época le había declarado la guerra a los carteles del narcotráfico. En consecuencia, solicitaron la indemnización de los perjuicios ocasionados a los padres, la hermana y la abuela de la joven directamente afectada".

DECISIÓN:

Las sentencias de 30 de julio de 2004 y 29 de julio de 2004, dictadas por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, Sala de Descongestión, denegaron las súplicas de las demandas.

Expediente n.º 29274

"En cuanto al problema de fondo, el Tribunal, luego de reseñar la jurisprudencia de esta Corporación sobre la responsabilidad del Estado por actos de terrorismo, concluyó que en el presente caso se prestó un servicio de policía eficiente y oportuno, representado en la inspección previa del parque San Antonio, en el despliegue de un grupo de veinte agentes de policía para resguardar el lugar del evento y en la captura de un ciudadano que portaba unos frascos con pólvora. Agregó que los informes de inteligencia no revelaban una situación de riesgo, amenaza o un posible atentado terrorista que ameritara la adopción de medidas especiales de seguridad. En consecuencia, decidió que se trató de un hecho imprevisible e inevitable para las autoridades.

El Tribunal consideró, además, que no resulta aplicable la teoría del daño especial por cuanto "la ciudadanía en general estaba expuesta a que en cualquier lugar ocurriera un atentado terrorista en esa época". Añadió que no es posible afirmar que el atentado fue dirigido contra un ente representativo de la Estado o que haya sido una retaliación contra el ministro de defensa por sus declaraciones sobre el narcotráfico. En ese sentido, encontró probada la excepción del hecho exclusivo de un tercero, propuesta por las entidades demandadas".

Expediente n.º 29758

"el Tribunal indicó, en primer lugar, que el encuentro cultural denominado "Yo soy Cartagena", celebrado el 10 de junio de 1995 en el parque San Antonio de Medellín, contrario a lo afirmado en la demanda, no fue organizado por la alcaldía municipal sino por personas particulares que requirieron los respectivos permisos para ello. En segundo lugar, consideró que el servicio de vigilancia prestado por la Policía Nacional fue el adecuado para este tipo de eventos y que no había razones para adoptar medidas de seguridad adicionales, pues de acuerdo con los informes de inteligencia, no se habían presentado amenazas de un atentado terrorista en la ciudad. Expresó, además, que no resulta aplicable la teoría del daño especial por cuanto no se probó que el ataque se haya dirigido contra un ente representativo del Estado. Finalmente, encontró probada la excepción del hecho exclusivo de un tercero propuesta por las entidades demandadas, dado que el ataque fue perpetrado por grupos terroristas".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No se encontró la fecha exacta de la sentencia, pues solo se hizo referencia al mes y el año en que fue proferida en el texto de la misma.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Reparación directa	SALA O SECCIÓN: Sala Plena de la Sección Tercera	RADICADO: 50001-23-31-000-2000-30072 01(33945)B	FECHA: 27/06/2017
PONENTE: Hernán Andrade Rincón		ACTOR: Yamid Weimar Rey Velásquez y otro	
DEMANDADO: Municipio de Acacias y otro			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la reparación integral de perjuicios.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Artículo 136 del C. C. A.**TEMA PRINCIPAL:** Daños indemnizables por muerte o lesiones psicofísicas superiores al 50%, sufridas por personas que desarrollaban las labores de economía y cuidado del hogar.**TEMA COMPLEMENTARIO:** No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"Contra la sentencia de primera instancia, las partes interpusieron, oportunamente, sendos recursos de apelación, los cuales fueron concedidos por el Tribunal a quo el 13 de marzo de 2007; no obstante, comoquiera que los recursos de apelación formulados por las demandadas no fueron sustentados oportunamente, se declararon desiertos por esta Corporación mediante proveído fechado el 22 de junio de 2007; en esa misma providencia se admitió la impugnación presentada por la parte actora.

En la sustentación, la parte recurrente manifestó su desacuerdo para con la sentencia de primera instancia en lo atinente a la reducción en un 50% de la indemnización de perjuicios morales, por cuanto no se presentó la aludida concurrencia de culpas, dado que con las pruebas obrantes en el expediente se tenía acreditada la falla en el servicio, sin que mediara una causal de exoneración o algún elemento que atenuara la responsabilidad administrativa y patrimonial de las demandadas, específicamente que Isneida Rincón Valverde no llevara casco protector al momento del accidente. Finalmente, señaló que el a quo desconoció el reconocimiento de la indemnización de perjuicios materiales solicitada a favor de su compañero permanente y sus hijos menores de edad.

En relación con los últimos, señaló que existían elementos de juicio que demostraban que la señora Isneida Rincón Valverde se dedicaba a las labores del hogar y a la crianza de sus dos pequeños hijos, de escasos dos meses de nacido y tres años de edad, desconociendo el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, según el cual, a las labores domésticas, por lo menos, se les debe dar un contenido económico equivalente al salario mínimo legal mensual vigente”

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

“En este sentido, lo probado en el proceso deja en claro que la víctima no se atemperó al deber objetivo de cuidado inherente al uso de este tipo de vehículos y su conducta imprudente de transportarse como pasajera en una motocicleta, sin el casco protector, contribuyó con la causalización del daño, cuya indemnización se demanda.

En efecto, la Sala encuentra que en el presente caso se configura una concurrencia de culpas con el hecho de la propia víctima, en razón a que se encuentra probado con el informe del accidente de tránsito obrante en el encuadernamiento –como ya se había dicho– que la occisa Isneida Rincón Valverde no portaba casco mientras se transportaba en motocicleta.

(...)

Esta Subsección ya se había pronunciado sobre el actuar irresponsable por parte de los motociclistas de no portar casco, en un caso donde consideró probada la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, entre otros factores, por la mencionada omisión. Tal como se observa, el actuar omisivo de la víctima, consistente en no portar casco mientras se transportaba como parrillera en una motocicleta, además de infringir una obligación legal que –bueno es decirlo– se creó con la finalidad de proteger a los conductores y pasajeros de dichos vehículos en caso de accidentes, repercutió directamente en el daño causado. (...) Tal como se observa, el actuar omisivo de la víctima, consistente en no portar casco mientras se transportaba como parrillera en una motocicleta, además de infringir una obligación legal que –bueno es decirlo– se creó con la finalidad de proteger a los conductores y pasajeros de dichos vehículos en caso de accidentes, repercutió directamente en el daño causado.

(...)

Por perjuicio material o patrimonial, en términos generales, se entiende todo menoscabo o detrimento que sufre una persona en sus derechos o intereses de contenido económico o valorable pecuniariamente y que se concreta en las pérdidas sufridas por disminución cierta del patrimonio del afectado (daño emergente) o en la frustración o imposibilidad, también cierta, de incrementos patrimoniales, ganancias o provechos esperados (lucro cesante).

En el medio colombiano, tanto en el plano contractual como en el extracontractual, el perjuicio material se ha clasificado entre el daño emergente y el lucro cesante, lo que resulta consonante con su tratamiento legal.

Huelga precisar que la distinción entre estos dos tipos de daño no está determinada por el hecho de que uno de ellos sea actual y el otro futuro, pues ambos pueden haberse o no concretado al momento de la definición judicial correspondiente, de ahí que pueda existir en un caso determinado tanto daño emergente como lucro cesante pasados (consolidados o debidos) o futuros (no consolidados).

La diferencia radica en que el daño emergente es la disminución patrimonial por la salida cierta de bienes del patrimonio y que el lucro cesante es la imposibilidad de aumento de dicho patrimonio por la ganancia o provecho que dejó de percibirse a causa del daño.

(...)

Pues bien, considerado lo anterior, en punto de los perjuicios materiales causados por la muerte de una persona encargada de las labores de la economía y cuidado del hogar, observa la Sala que, tal como se dejó precisado en apartados anteriores, las labores domésticas y de cuidado son actividades que, si bien no gozan de una remuneración, son evidentemente productivas, por manera que, ante la ausencia temporal o definitiva del "ama de casa", se frustra o imposibilita una ganancia o provecho a su núcleo familiar, pues dejan de percibir los bienes o servicios que de esa actividad se derivan. Es indudable que las actividades a las que se hace referencia constituyen un verdadero aporte a la economía familiar y, por lo mismo, ha de entenderse que tan proveedor es quien adelanta actividades productivas remuneradas, como quien, en el hogar, se ocupa del bienestar de la familia.

(...)

A partir de la ejecutoria de esta providencia, en consecuencia, la Sala unifica su posición en el sentido de que los perjuicios materiales derivados de la ausencia de la persona que funge como "encargada de la economía y cuidado del hogar" y que se relacionen tanto con las actividades domésticas como con las de cuidado a su cargo, deberán considerarse como un lucro cesante en cabeza de quienes, comprobadamente, se beneficien directamente de actividades desplegadas por el "ama de casa" para lo cual se aplicará la presunción o inferencia de un (1) salario mínimo mensual legal vigente.

Reitera la Sala que lo que hasta aquí se ha señalado en relación con las personas dedicadas a la economía del hogar, dadas las cambiantes formas de familia que tienen reconocimiento y protección por parte del Estado, debe predicarse, también, de otras estructuras familiares en las que uno de los individuos (hombre o mujer) se encargue de las labores domésticas y las actividades de cuidado.

(...)

De allí que pueda entenderse que la posición jurisprudencial tradicional parte de una errada percepción del significado del trabajo de las amas de casa, **pues, además de las actividades materiales asimilables a las que estarían a cargo del servicio doméstico remunerado, sobre ellas recae la "responsabilidad doméstica"** concepto más amplio y exigente que, en últimas, refiere al bienestar de la familia. En esta, como ya se dijo, se incorporan actividades de administración del hogar, guía y educación de menores y cuidado de ancianos, entre otras, por lo que, el reconocimiento de un salario mínimo, como base para la indemnización originada por la ausencia de las labores del ama de casa, se advierte claramente insuficiente.

(...)

En síntesis, el daño imputable por la muerte o la invalidez de una persona que se dedicaba a las labores de economía y cuidado doméstico genera los siguientes perjuicios resarcibles: i) daño o perjuicio moral según los criterios unificados de esta Sección, ii) perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, que serán liquidables a partir de la presunción de salario mínimo y iii) daños a bienes convencional y constitucionalmente protegidos, para lo cual se podrá acudir, en principio, a medidas no pecuniarias que tiendan a reestablecer el núcleo esencial de los derechos lesionados o, en su defecto, reconocer una indemnización de perjuicios que podrá llegar hasta la suma de 100 smmlv.

Ahora bien, comoquiera que esta sentencia de unificación comporta una modificación jurisprudencial que tendría efectos en la tasación y liquidación de nuevos perjuicios frente a los cuales no operó el principio de contradicción, la Sala empleará la figura de la jurisprudencia anunciada y, por tal motivo, esta alteración del precedente solo será aplicable a los procesos que se inicien con posterioridad a esta providencia, en aras de garantizar los principios constitucionales al debido proceso y a la defensa de las entidades y sujetos demandados ante esta jurisdicción."

FUENTES: Artículo 1° de la Resolución No. 043 de 1995 del Ministerio de Transporte y Resolución No. 3606 de 1998; Resolución 004 de 19 de enero de 1999 del Municipio de Acacias; Ley 1413 de 2010; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2007, Exp.: 21322, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

DECISIÓN:

"PRIMERO. UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA en relación con los perjuicios indemnizables tratándose de daños por muerte o lesiones psicofísicas superiores al 50%, sufridas por personas que desarrollaban las labores de economía y cuidado del hogar, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. MODULAR los efectos del cambio jurisprudencial contenido en esta sentencia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. MODIFICAR la sentencia del 16 de enero de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta y, en su lugar, se dispone:

"PRIMERO. DECLARAR administrativamente y solidariamente responsables al municipio de Acacias y la Empresa Gases del Llano S. A., por los daños y perjuicios morales y materiales ocasionados a los demandantes, con ocasión de la muerte de la señora Isneida Rincón Valverde. SEGUNDO. En consecuencia, CONDENAR solidariamente al municipio de Acacias y la Empresa Gases del Llano S. A., a pagar, en partes iguales, por concepto de indemnización de perjuicios morales, los montos que a continuación se describen y a favor de las siguientes personas:

Yamid Weimar Rey Velázquez (compañero)	50 smmlv
Deiber Yamid Rey Rincón (hijo)	50 smmlv
Cristian Julián Rey Rincón (hijo)	50 smmlv
Medardo Rincón García (padre)	50 smmlv
Aleyda Rincón Valverde (hermana)	25 smmlv

TERCERO. CONDENAR solidariamente al municipio de Acacias y la Empresa Gases del Llano S. A., a pagar, en partes iguales, por concepto de indemnización de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, los montos que a continuación se describen y a favor de las siguientes personas:

Para Yamid Weimar Rey Velázquez la suma de noventa y siete millones cuatrocientos siete mil trescientos setenta y nueve pesos con sesenta y tres centavos \$97407.379,63.

Para Deiber Yamid Rey Rincón la suma de treinta y cinco millones doscientos noventa y siete mil ciento treinta y cuatro pesos con cinco centavos \$35.297.134,5.

Para Cristian Julián Rey Rincón la suma de treinta y siete millones setecientos veintitrés mil seiscientos tres pesos \$37.723.603,00.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. [sic] Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO. Las condenas se cumplirán en los términos de los Arts. 176 a 178 del C. C. A.”.

CUARTO. Sin condena en costas.

QUINTO. Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen”.

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

“Mediante escrito presentado el 3 de marzo de 2000 por intermedio de apoderado judicial, los señores Yamid Weimar Rey Velázquez, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad Deiber Yamid y Cristian Julián Rey Rincón; Medardo Rincón García y Aleyda Rincón Valverde, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra del municipio de Acacias (Meta) y la Empresa de Gases del Llano S.A., con el fin de que se les declarara administrativa y patrimonialmente responsables por la totalidad de los perjuicios a ellos causados, derivados de la muerte de Isneida Rincón Valverde, ocurrida el 9 de diciembre de 1999 en el municipio de Acacias, como resultado de un accidente de tránsito.

Como consecuencia de la anterior declaración, en la demanda se solicitó que se condenara a las entidades demandadas a pagar a Yamid Weimar Rey Velázquez, Deiber Yamid y Cristian Julián Rey Rincón una suma equivalente a dos mil (2.000) gramos de oro, para cada uno de ellos y, para Medardo Rincón García y Aleyda Rincón Valverde, el equivalente a mil quinientos (1.500) gramos de oro para cada uno de ellos, por concepto de indemnización de perjuicios morales.

Finalmente, se pidió en la demanda, se reconociera a favor de cada uno de los demandantes, Yamid Weimar Rey Velázquez, Deiber Yamid y Cristian Julián Rey Rincón, por concepto de indemnización de perjuicios materiales, la suma de doscientos millones de pesos (\$200'000.000) o los valores que resultaran demostrados en el proceso.

Como fundamentos de hecho de sus pretensiones narró la demanda, en síntesis, que la señora Isneida Rincón Valverde sufrió un accidente de tránsito el día 4 de diciembre de 1999, cuando se movilizaba como parrillera en una motocicleta, la cual chocó intempestivamente con un montículo de tierra y piedra que había sido dejado en plena vía del perímetro urbano del municipio de Acacias.

Según se afirmó en el libelo, como consecuencia del impacto, el conductor y su acompañante perdieron el equilibrio y cayeron sobre la vía sufriendo varias lesiones, las cuales, debido a su gravedad, le causaron la muerte a Isneida Rincón Valverde, lo que ocurrió el día 9 de diciembre de 1999, cuando era atendida en el hospital local de ese municipio.

Indicó la demanda, asimismo, que el área donde sucedió el accidente carecía –en absoluto– de alumbrado público, lo que no permitió visualizar por parte del conductor de la moto, ni su acompañante, el peligro que se cernía sobre la vía, a lo que se sumaba que la misma no disponía de señales preventivas que advirtieran el peligro que encarnaba dicho obstáculo.

Se sostuvo en el libelo que por el accidente ocurrido era responsable la Empresa de Gases del Llano S. A., pues, cuando adelantaba obras de instalación de redes en el sitio del siniestro, dejó materiales de desecho, sin haber colocado la respectiva señalización que advirtiera sobre su presencia en el lugar.

Finalmente, en la demanda se expresó que le asistía, igualmente, responsabilidad al municipio de Acacias, pues a través de su Secretaría de Tránsito tenían el deber legal de exigir a la Empresa de Gases del Llano S. A. la debida señalización de advertencia en la obra que ejecutaba, aunado a que omitió el mantenimiento adecuado del alumbrado público dispuesto sobre las vías de su perímetro urbano.

La demanda, así formulada, se admitió por auto de 5 de abril de 2000, providencia que se notificó en debida forma a las demandadas y al señor Agente Ministerio Público"

DECISIÓN:

"PRIMERO: DECLARAR al municipio de Acacias (Meta) y a la empresa prestadora del servicio público de gas 'Gases del Llano S. A.' administrativa y patrimonialmente responsables de la muerte de la señora Isneida Rincón Valverde.

SEGUNDO: CONDENAR a las entidades demandadas a pagar solidariamente por razón de los perjuicios morales causados a los demandantes las siguientes cantidades:

A favor de Yamid Weimar Rey Velázquez, en calidad de compañero permanente de la víctima, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro.

A favor de Deibar Yamid Rey Rincón y Cristian Julián Rey Rincón, en cabeza de su padre que los representa, en calidad de hijos de la víctima, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro, para cada uno.

A favor de Medardo Rincón García, en calidad de padre de la víctima, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro.

A favor de Aleyda Rincón Valverde, en calidad de hermana de la víctima, el equivalente en pesos a doscientos cincuenta (250) gramos de oro.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

"[...]".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

Ficha
No. 1

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sala Cuarta	RADICADO: 25000-23-27-000-2009-00235-01(18551)	FECHA: 04/02/16
PONENTE: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas		ACTOR: Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A.	
DEMANDADO: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN		

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO	
----	---	----	--

DERECHO QUE SE RECONOCE: Reconocimiento de intereses moratorios e indexación de sumas.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Artículo 240.1 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989) y artículo 178 del C. C. A.**TEMA PRINCIPAL:** Indexación o intereses civiles del 6% del C.C. Se unifica el criterio sobre las normas que regulan el reconocimiento de intereses. La naturaleza de la sentencia que declara la existencia del régimen de estabilidad tributaria y la forma en que debe restablecerse el derecho, esto es, en lo que concierne a las condiciones en que debe entenderse restablecido el régimen de estabilidad tributaria, las obligaciones pecuniarias recíprocas que surgen de ese régimen.**TEMA COMPLEMENTARIO:** Régimen de estabilidad tributaria: generalidades. Sentencia que declara la existencia del régimen de estabilidad tributaria: naturaleza. Restablecimiento del derecho en materia tributaria. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho: generalidades; efectos de las sentencias. Principio de integralidad del pago.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"a) Recurso de apelación de la DIAN

Contra la decisión de anular la orden de compensación parcial. En cuanto a la orden que dictaron las sentencias en el sentido de anular la orden de compensar parcialmente la primera y segunda cuota del impuesto al patrimonio con los dos puntos porcentuales adicionales del impuesto de renta de los años 2001 a 2007, la DIAN alegó lo siguiente:

Que la sentencia del 7 de abril de 2008, que profirió el Consejo de Estado, y que anuló la Resolución 2805 de 2005 tiene efectos *ex tunc*.

Que, en virtud de esos efectos, la DIAN debía devolver el impuesto al patrimonio y, correlativamente, el Banco Colpatria estaba obligado a pagar el incremento del impuesto sobre la renta, conforme lo exigía el artículo 240-1 del E.T.

Que, así mismo, el mayor saldo a pagar como incremento del impuesto sobre la renta debía ser cubierto por el demandante con los correspondientes intereses moratorios, liquidados desde la fecha del vencimiento de cada cuota, hasta el momento en que se entendió configurado el pago de lo no debido.

Que de esa forma lo dispone el artículo 812 del E.T. cuando señala que el pago inoportuno de los impuestos, anticipos y retenciones causa intereses moratorios de conformidad con lo establecido en los artículos 634 y 635 del E.T.

Señaló que según lo previsto en el artículo 804 del E.T., los pagos que se efectúen por cualquier concepto deben atribuirse al periodo del impuesto que se indique, imputando, proporcionalmente, a las sanciones, los intereses, los anticipos o las retenciones que conformen la obligación total del pago.

Por esa razón, para la DIAN, el pago hecho por el demandante el 4 de julio de 2008 como incremento del impuesto sobre la renta, al ser imputado como lo establece el artículo 804 del E.T., arrojó un saldo pendiente por pagar por el impuesto al patrimonio, que generó intereses a cargo del demandante desde el vencimiento del plazo previsto para el pago de cada cuota de los dos puntos porcentuales adicionales de renta hasta la fecha en la que se hizo el pago efectivo.

Sostuvo que, además, cuando se solicita la devolución de un saldo a favor se deben compensar las sumas pedidas en devolución con las sumas debidas por el contribuyente, en aplicación del párrafo del artículo 816 del E.T., como quiera que la Administración no puede disponer libremente de las sumas solicitadas. Que, así mismo, el artículo 861, ibídem, dispone que la devolución de saldos a favor debe efectuarse una vez compensadas las deudas y obligaciones de plazo vencido.

Sobre este punto, concluyó que no era legítimo sostener que la Administración debía aplicar los artículos 1714 al 1716 del Código Civil, pues para el caso particular la norma procedente era el Decreto 1000 de 1997 que regula de manera particular la devolución de impuestos.

Contra la decisión de condenar a pagar los intereses legales, la DIAN dijo que en materia de devoluciones rigen las normas especiales del Estatuto Tributario y que, por consiguiente, no era procedente aplicar disposiciones generales como el artículo 1617 del Código Civil.

Sostuvo que una sentencia en la que se resuelve una acción de nulidad y restablecimiento de derecho como la instaurada por el Banco Colpatria no es procedente condenar a la entidad demandada a reconocer intereses legales sobre los pagos devueltos.

Que, de igual forma, el fallo era *ultrapetita* porque no era válido liquidar intereses que no fueron debatidos ni solicitados por el demandante. Que así, si se observaban las pretensiones de la demanda se advertía que únicamente se reclamaron intereses corrientes y los moratorios, más no los legales.

Explicó que no se generaron los intereses solicitados por el demandante porque la sentencia del 7 de abril de 2008 del Consejo de Estado, que reconoció el régimen de estabilidad tributaria, no los ordenó, y porque los artículos 863 y 864 del E.T. no eran aplicables al caso, en la medida en que la devolución fue efectuada oportunamente por la Administración.

Agregó que las sumas solicitadas en devolución por el demandante eran pagos en exceso o de lo no debido, regulados por el Decreto 1000 de 1997. Que, en el presente caso no había lugar al pago de intereses porque no se discutió el saldo a devolver conforme lo establece el artículo 863 del E.T. Insistió en que no era procedente aplicar el artículo 177 del C. C. A., referido a las condenas contra las entidades públicas, y mucho menos el artículo 1716 del Código Civil porque se debían aplicar las normas especiales establecidas en el Estatuto Tributario.

Por último, dijo que si en gracia de discusión se confirma la sentencia del Tribunal, debía corregirse la liquidación de los intereses legales liquidados para la segunda cuota del impuesto al patrimonio en razón a que se incurrió en un yerro consistente en calcular \$2.113.100 por encima del valor que correspondía.

b) El recurso de apelación del Banco Colpatría

Contra la decisión de no reconocer intereses corrientes y moratorios. Dijo que como consecuencia del reconocimiento del régimen de estabilidad tributaria a su favor, sobre el importe de la primera y segunda cuota del impuesto al patrimonio del año 2004, que no fue devuelto, debían reconocerse intereses corrientes y moratorios.

Señaló que la DIAN realizó una compensación a la que no había lugar. Que esa actuación implicó un rechazo tácito de la solicitud de devolución presentada y que, precisamente, esa negativa constituía el fundamento para el reconocimiento de intereses corrientes.

Alegó que en la Resoluciones 608 1197 y 608 1198 del 8 de septiembre de 2008 se llevó a cabo una compensación improcedente porque el demandante no adeudaba intereses moratorios sobre los dos puntos porcentuales en los que debía incrementarse el impuesto sobre la renta de los años 2001 a 2007 conforme lo exigía el artículo 240-1 del E.T., en tanto que los pagos correspondientes se efectuaron en los plazos establecidos por el Gobierno.

Que el hecho de que en el referido acto administrativo se hubiera efectuado una compensación implicó que la Administración rechazaba parcialmente la devolución del pago de lo no debido. Que, por tanto, debían reconocerse intereses corrientes conforme lo establece el artículo 863 del E.T. en la medida en que la suma compensada era un valor discutido.

Agregó que el Tribunal avaló la actuación de la Administración en aplicación de lo establecido en el artículo 816 del E.T., norma que si bien faculta a la DIAN para efectuar compensaciones, supedita esa prerrogativa a que existan obligaciones a cargo del solicitante y que esta exigencia no se cumplió en su caso porque solo estuvo obligado a incrementar el impuesto sobre la renta en dos puntos porcentuales desde el 7 de abril de 2008, cuando se le reconoció el régimen de estabilidad tributaria al Banco Colpatría.

Que de igual modo, el artículo 861 del E.T. prevé la compensación previa a la devolución cuando existan deudas y obligaciones de plazo vencidas, pero que esa situación tampoco se cumple en el presente caso, como lo explicó previamente.

El demandante sostuvo que la compensación que efectuó la DIAN no cumplía las condiciones establecidas en el artículo 1716 del Código Civil porque el demandante y la Administración no eran recíprocamente deudor y acreedor, pues el Banco Colpatría no adeudaba ninguna obligación.

Manifestó que las sumas compensadas representaban un rechazo tácito de la solicitud de devolución y al ser objeto de discusión en la vía gubernativa, a partir de la notificación de las Resoluciones 608 1197 y 608 1198 del 8 de septiembre de 2008 comenzó a correr el término para calcular los intereses corrientes hasta tanto quede en firme la sentencia que confirme el pago de lo no debido a favor del Banco Colpatría.

De otra parte, el demandante dijo que los intereses legales reconocidos por el Tribunal no compensaban el perjuicio que le ocasionó la Administración al privarlo de poder disponer de una suma indebidamente recaudada.

Sostuvo que según la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el pago indebido de un tributo ocasiona una desvalorización monetaria que necesariamente debe ser resarcida con la correspondiente actualización, la cual debe aplicarse conforme a la presunción del artículo 1617 del Código Civil.

Que, sin embargo, dadas las circunstancias que originaron el pago de lo no debido, los intereses causados desde el día en que el demandante se vio obligado a sufragar el impuesto al patrimonio no podían ser únicamente los legales, en tanto que éstos solo reconocían la desvalorización del dinero, pero que no resarcía el perjuicio ocasionado por la privación de los recursos.

Señaló que la segunda cuota del impuesto al patrimonio del año 2004, reconocida como pago de lo no debido, daba lugar al pago de intereses resarcitorios porque solo de esa manera se podía restablecer el derecho del demandante, pues dejó de percibir rendimientos sobre unos recursos que estaba en poder de la DIAN.

Que a pesar de que en materia tributaria no existe una regulación para los intereses que deja de percibir el contribuyente cuando ha trasladado una suma de dinero al erario, era necesario que para los efectos de las devoluciones se diera aplicación a los principios de justicia y equidad.

El demandante agregó que si bien para efectos fiscales había una regulación sobre los intereses que se generan en las devoluciones, esta se circunscribe a los eventos en los que el contribuyente presenta una solicitud de devolución ante el supuesto de declaraciones presentadas con un pago indebido o en exceso.

Que, sin embargo, no existe una reglamentación para cuando el contribuyente se constituye en acreedor de la Administración por una actuación ilegal imputable a ésta y que, en consecuencia, ante este supuesto, se deberían aplicar las normas previstas en el Título III del Libro V del Estatuto Tributario relacionadas con las sanciones, de las que se desprende que quien esté en mora debe pagar intereses corrientes y moratorios y que solo de esa manera se da cumplimiento a los principios de justicia y equidad.

Agregó que si no había lugar al reconocimiento de intereses corrientes y moratorios, además de los intereses legales ordenados por el Tribunal, debía reconocerse la actualización monetaria sobre el capital a devolver para así garantizar que se mantenga el poder adquisitivo de la moneda, pues se menoscabó desde el momento en que nació la obligación hasta el pago efectivo.

Señaló que la actualización del capital no se contrapone al reconocimiento de los intereses legales porque estos hacen parte de la compensación que se debe reconocer por la privación del uso del capital, es decir que no reconocen el componente inflacionario."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"... la Sala aprecia que no hay un criterio unificado sobre los siguientes aspectos:

- La naturaleza de la sentencia que declara la existencia del régimen de estabilidad tributaria.
- La forma en que debe restablecerse el derecho, esto es, en lo que concierne a las condiciones en que debe entenderse restablecido el régimen de estabilidad tributaria, las obligaciones pecuniarias recíprocas que surgen de ese régimen y el reconocimiento de la indexación e intereses.

Por lo tanto, la Sala procede a unificar los criterios que deben tenerse en cuenta en casos como el analizado, en los puntos anteriormente referidos.

De los efectos de las sentencias que, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, declararon el derecho a gozar del régimen de estabilidad tributaria.

(1) Generalidades sobre el restablecimiento del derecho.

...habida cuenta de que el restablecimiento del derecho puede implicar la reparación de perjuicios, debe tenerse en cuenta que el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 previó que dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

De manera que, conforme con el modelo de reparación integral a que alude el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el Estado debe reparar el daño causado y, para el efecto, el derecho de la persona que lo haya padecido debe ser restablecido a un punto cercano al que se encontraba antes de la vulneración del derecho y de la ocurrencia del daño.

Ahora bien, cuando el daño se deriva de actos administrativos ilegítimos, la declaratoria de nulidad, generalmente, no restablece *per se* el daño infligido. Es posible que sea necesario que el juez emita un acto constitutivo y, por lo mismo, se reitera, está facultado para estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas. En este entendido, el acto o providencia de anulación no se limita a hacer una simple declaración de ilegalidad, sino que establece una situación jurídica análoga a al que se tenía. Las sentencias que anulan actos administrativos de carácter particular y concreto tienen, entonces, efectos retroactivos en la medida en que, procuran restablecer el derecho a un punto cercano al que se encontraba antes de la vulneración y de la ocurrencia del daño.

Ahora bien, a partir del establecimiento de una nueva situación jurídica, también se ha propugnado porque el restablecimiento del derecho sea *in natura*, esto es, que se restablezca la situación jurídica que tenía el sujeto afectado con el acto, no a la situación previa que tenía antes de dicho acto, sino a la situación jurídica en que estaría el sujeto, si ese acto no se hubiera expedido.

En esa medida, son varios los mecanismos que se pueden utilizar para restablecer el derecho *in natura*. La doctrina ha precisado que "(...) la reparación *in natura* admite variedad de mecanismos, como restituir o reponer un bien perdido, deshacer una acción realizada indebidamente, retirar de la circulación los ejemplares de una publicación que afecte la honra de una persona, etc. (...) una de las formas particulares de llevar a cabo la reparación *in natura* es la restitución de cosas o bienes, particularmente cuando éstos se han perdido y se encuentran en poder de terceros. Es decir, (...) la reparación es un término genérico y (...) la restitución es una de las formas de reparar *in natura*".

La doctrina también ha precisado que para lograr la reparación del daño *in natura* se debe remover la causa que lo ha generado, y luego de que ello ocurra, se debe procurar realizar las actividades necesarias para que el sujeto afectado con el hecho dañoso quede en una situación similar a la que tendría si el hecho no se hubiere realizado.

Ahora bien, cuando no se puede restablecer el derecho *in natura* procede restablecer el derecho por *equivalente*.

Según la doctrina «[e]sta forma de reparación, que también se denomina indemnización y que otros llaman resarcimiento, no tiene como propósito que la situación del damnificado, desde el punto de vista material, sea similar a la que tendría si el hecho dañoso no se hubiera presentado, sino que tiende a que se compense o se resarza el menoscabo patrimonial sufrido por

el damnificado, a través de la entrega de una suma de dinero que se considera equivalente al detrimento que éste ha sufrido, con lo cual, desde el punto de vista del valor del interés que el sujeto tenía en ese activo patrimonial, estará en una situación económica igual a la que tendría si el daño no hubiera acaecido».

Sobre cuándo procede el restablecimiento *in natura* o la reparación *por equivalente*, la doctrina también ilustra en el sentido de que las dos reparaciones no son excluyentes, sino que, incluso, pueden ser concomitantes, pero que la forma de reparar el daño por excelencia es la reparación *in natura*. Sin embargo, esa modalidad de reparación en muchas ocasiones es meramente teórica.

También se ha considerado que la reparación *por equivalente* solo debería proceder, entre otros eventos, cuando no es posible la reparación *in natura*.

La imposibilidad de reparar el daño *in natura* puede ser objetiva o subjetiva. Es objetiva, tratándose de derechos patrimoniales, «*como cuando un bien de especie o cuerpo cierto se extravía definitivamente, es destruido o sufre un deterioro de tal entidad que pierde la utilidad que naturalmente le corresponde, y no resulta factible restaurar el interés que el sujeto tenía en ese bien con otro que pueda resultar fungible en relación con el perdido o deteriorado*».

Es subjetiva, «*cuando el deudor de la obligación de reparar el daño sea la única persona que se encuentre en posibilidad de realizar la actividad tendiente a lograr la reparación in natura y éste no puede hacerlo o se niega a ello*».

Ahora bien, en materia administrativa, bajo el presupuesto de que la nulidad de los actos administrativos particulares y concretos es retroactiva, se ha precisado que esa retroactividad tiene límites que pueden estar referidos a la turbación social que produciría el cambio de un estado de hecho en virtud de la anulación, o a la preeminencia de la presunción de legitimidad o al principio de la seguridad jurídica. También se ha dicho que la invalidación de los actos administrativos no tiene efectos retroactivos respecto de terceros.

(2) Del restablecimiento del derecho en materia tributaria

Ahora bien, la Sala considera que los actos administrativos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares y concretas de carácter tributario son actos constitutivos y que, por lo mismo, su nulidad puede dar lugar al restablecimiento del derecho mediante la reparación *in natura* o por *equivalente*, dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Así por ejemplo, si se anula una liquidación oficial de revisión de impuestos nacionales, el derecho *in natura* se restablece mediante la declaración de firmeza del denunciado privado. Si se anula un acto administrativo que impone una sanción, el derecho *in natura* se restablece declarando que el contribuyente no está obligado a pagar la sanción impuesta.

Ahora bien, si se anula el acto administrativo que niega el derecho a gozar de un beneficio tributario, la sentencia puede declarar que el contribuyente tiene derecho al beneficio, y, en ese entendido, la sentencia ejecutoriada constituye una situación jurídica que permitiría gozar del beneficio tributario desde que éste se creó. De ahí que, en casos como el planteado o en otros anteriores, es posible que el juez tenga que precisar las condiciones en que puede hacerse efectivo el derecho. En ese entendido, las ordenes que emita el juez pueden implicar un restablecimiento del derecho mediante la reparación *in natura*, pero también por *equivalente*, si aquel no es posible.

(3) Del restablecimiento del derecho en las sentencias que declararon la existencia del régimen de estabilidad tributaria a favor de contribuyentes

(a) Naturaleza de las sentencias que declaran la existencia del régimen de estabilidad tributaria a favor de contribuyentes [...].

La declaración del derecho al régimen de estabilidad tributaria comporta que los contribuyentes beneficiados gocen de ese régimen inmediatamente quede ejecutoriada la sentencia, en las condiciones previstas en la ley.

En consecuencia, los contribuyentes asumen la obligación de pagar la tarifa especial del impuesto de renta que se causó durante la vigencia del régimen de estabilidad tributaria [2 puntos porcentuales adicionales a la tarifa del régimen ordinario], y, correlativamente, adquieren el derecho a la devolución de los impuestos que en vigencia de ese régimen se hubieren creado [patrimonio, GMF y sobretasa] y, por supuesto, pagado, sin estar obligados a ello. Surge, entonces una obligación pecuniaria a cargo del beneficiario del régimen de estabilidad tributaria y a favor del erario, y, correlativamente, una obligación pecuniaria a cargo del erario y en favor del contribuyente, obligaciones que corresponden a las que habrían nacido si se hubiera concedido el régimen de estabilidad tributaria en las condiciones que solicitaron los contribuyentes, esto es, por diez años, y no como lo aprobó la DIAN [menos de 10 años].

En ese entendido, para la Sala, de la sentencia que declara que el contribuyente goza del régimen de estabilidad tributaria se deriva un restablecimiento del derecho que se repara *por equivalente*, porque se concreta expresa o tácitamente en el reconocimiento de las obligaciones pecuniarias mutuas que se originan en ese régimen de estabilidad tributaria y en el reconocimiento de que esas obligaciones pueden extinguirse mediante el pago, la devolución e incluso la compensación u otro medio de extinguir este tipo de obligaciones.

El restablecimiento del derecho no puede entenderse concretado a lo pretendido en la demanda ni su reconocimiento puede condicionarse a si el juez ordenó expresamente la devolución, el pago o la compensación de las obligaciones pecuniarias mutuas. No debe perderse de vista que en el interregno de los 10 años de estabilidad tributaria se crearon nuevos impuestos que, al momento de interponerse las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho o de expedirse la sentencia que decidió el litigio, aún no existían.

En consecuencia, independientemente de que la sentencia que declara la existencia del régimen de estabilidad tributaria no haya dictado una orden de condena en concreto o en abstracto, lo cierto es que esas sentencias tienen un componente económico: el pago mutuo de obligaciones pecuniarias. Y el cumplimiento de esas obligaciones se materializa cuando se ejecuta la sentencia, en las mismas condiciones en que se ejecuta una sentencia condenatoria.

(b) Condiciones de la devolución del impuesto al patrimonio

[...]

Reconocimiento de intereses: [...]La interpretación armónica de los artículos 176 y 177 (C. C. A.) indica que en el lapso que tienen las autoridades para disponer lo necesario para ejecutar la sentencia, esto es, en los 30 días, no se causa ningún interés.

De manera que para hacer efectivo el derecho a la devolución de impuestos derivado de una sentencia judicial como la que reconoce la existencia del régimen de estabilidad tributaria, las autoridades cuentan con un plazo para adoptar las medidas necesarias para devolver el dinero.

Ahora bien, si el contribuyente pide la ejecución de la sentencia, la autoridad tributaria no puede controvertir el derecho a la devolución, porque eso sería lo mismo que desacatar una orden judicial. Esa entidad, entonces, debe proceder, en los términos de ley, a devolver los impuestos que el contribuyente pagó en exceso, y liquidar y pagar los intereses comerciales y moratorios a que alude el artículo 177 del C. C. A.

(...)

El ajuste de las condenas se fundamenta en el principio de reparación integral que, en casos como el analizado, en los que se privó al contribuyente de un régimen tributario especial que habría obtenido lícitamente, el daño infligido por esa privación se debe reparar de manera total.

Y una forma de reparar ese daño es *por equivalente* que, se reitera, tiene como finalidad, el reintegro del dinero actualizado a valor presente.

(...)

En tal caso, la indexación de los pagos se hace conforme con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

R= Impuesto pagado actualizado (lo que se busca)

Rh= Renta histórica (impuesto pagado)

Índice Final: Índice de precios al consumidor certificado por el DANE, del mes inmediatamente anterior a la sentencia o del mes de la sentencia, si se dicta en el último día.

Índice Inicial: Índice de precios al consumidor certificado por el DANE, del mes en que ocurrió la compensación del impuesto pedido en devolución.

Los intereses corrientes y moratorios del E.T. ...la controversia por la declaratoria del régimen de estabilidad tributaria (...) no empieza a instancia de una petición de devolución de los impuestos derivados de ese régimen, sino del reconocimiento del régimen propiamente dicho y las consecuencias que esa decisión comporta.

De manera que, la sentencia que reconoce ese régimen, como se comentó, tiene un contenido económico pues de esa sentencia surgen obligaciones pecuniarias mutuas: la devolución del impuesto estabilizado y el pago del mayor impuesto de renta.

Por lo tanto, independientemente de que medie una petición de devolución a instancia de la expedición de la sentencia, lo cierto es que la devolución ya no es un asunto que debe ser controvertido sino, simple y llanamente, cumplido y, por lo tanto, en las condiciones que prevén los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A.

(c) **Condiciones de pago de los dos puntos porcentuales adicionales del impuesto de renta**

Indexación e intereses de mora: El régimen de estabilidad tributaria, como se precisó, está condicionado a que el contribuyente pague los dos puntos porcentuales adicionales del impuesto sobre la renta, conforme lo prevé el artículo 169 de la Ley 223 de 1995 [240-1 E.T. actualmente modificado].

Puede ocurrir, entonces, que al momento en que se expida la sentencia que declara la existencia de ese régimen de estabilidad tributaria el contribuyente no haya pagado los dos puntos porcentuales adicionales del impuesto de renta. En esos casos, es pertinente que la DIAN exija el pago de ese mayor impuesto.

Ahora bien, ¿en qué condiciones se deben pagar los dos puntos porcentuales adicionales del impuesto de renta?

La Sala considera que para entender satisfecho el pago de la tarifa especial del impuesto de renta del régimen de estabilidad tributaria, el contribuyente debe pagar los dos puntos porcentuales del impuesto de renta debidamente actualizados, pues no es lo mismo que el Estado recaude el impuesto, por ejemplo, en el año 2001, a que lo reciba, años después.

Eso es así en virtud del efecto retroactivo de la sentencia que reconoce el derecho al régimen de estabilidad tributaria que, como se precisó anteriormente, implicó el restablecimiento de obligaciones pecuniarias mutuas, concretamente, que el contribuyente asumiera el deber de pagar la tarifa especial del impuesto de renta y la DIAN la de devolver los impuestos pagados y que se habrían estabilizado a instancia de la aplicación del régimen de estabilidad tributaria.

(...)

En consecuencia, lo pertinente es que, para ajustar ese capital, se aplique la misma fórmula prevista para la actualización del capital debido por la DIAN por concepto de la devolución del impuesto pagado indebidamente por el contribuyente:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

R= Dos puntos porcentuales adicionales del Impuesto de renta pagado actualizado (lo que se busca)

Rh= Renta histórica (los dos puntos porcentuales adicionales del impuesto de renta pagado)

Índice Final: Índice de precios al consumidor certificado por el DANE, del mes inmediatamente anterior a la sentencia o del mes de la sentencia, si se dicta en el último día.

Índice Inicial: Índice de precios al consumidor certificado por el DANE, del mes en que se venció el plazo para pagar los dos puntos porcentuales adicionales del impuesto de renta.

Ahora bien, ejecutoriada la sentencia que se tiene como parámetro para liquidar la indexación sin que se haya hecho el pago completo, es procede que se causen intereses de mora, pero a partir de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, que es el plazo que en condiciones normales otorga el legislador a la DIAN para que expida la orden de devolución en aquellos casos de peticiones de devolución, pagos en exceso o de lo no debido [artículo 863 del E.T].

Por último, es menester precisar que es improcedente liquidar la sanción por mora a partir del vencimiento del plazo previsto para pagar la tarifa especial del impuesto de renta hasta la fecha en que efectivamente se pague, por cuanto, la sanción por mora a que alude el artículo 634 E.T. se tipifica cuando «*Los contribuyentes o responsables de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, incluidos los agentes de retención (...) no cancelan oportunamente los impuestos, anticipos y retenciones a su cargo*», [...].

Dado que mientras el contribuyente controvertía el derecho al régimen de estabilidad tributaria no surgió la obligación de pagar la tarifa especial, por sustracción de materia no se configuró el hecho que tipifica la sanción, esto es, el pago extemporáneo del impuesto.”

FUENTES: artículo 16 de la Ley 446 de 1998; artículo 170 C. C. A.; artículo 863 del Estatuto Tributario; Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencias del 19 de julio y 9 de agosto de 2002, Rad.: 12041 y 12050; Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 26 de enero de 2009, Rad.: 16393; Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de febrero de 2009, Rad.: 15993, C.P: Hector J. Romero Diaz; Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 9 de julio de 2009, Rad.: 15923; Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 23 de julio de 2009, Rad.: 16785; Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencias del 26 de noviembre de 2015, Rad.: 20122 y 20021; sentencias C-188 de 1999 y C-197 de 1999; Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil, sentencia del 1 de septiembre de 2009, Rad.: 1300131030051995-11208-01, M. P.: Ruth Marina Díaz Rueda.

DECISIÓN:

"PRIMERO. MODIFÍCASE el numeral primero de la sentencia del 21 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el Banco Colpatria contra la DIAN, que anuló la Resolución No. 608-1197 de 2008 y la que la confirmó, la No. 0684-1012 de 30 de junio de 2009, que resolvieron la devolución de la primera cuota del impuesto al patrimonio por el año 2004. [Expediente 19045 Primera cuota del impuesto al patrimonio año 2004]. En su lugar, **ANULANSE** parcialmente los actos demandados.

SEGUNDO. CONFÍRMASE el numeral primero de la sentencia del 22 de junio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el Banco Colpatria contra la DIAN, que anuló la Resolución 630-0015 del 13 de noviembre de 2008, que rechazó la petición de reconocimiento de intereses a favor del Banco Colpatria, y la 684-0015 del 30 de junio de 2009 que la confirmó [Expediente 18962 Primera cuota del impuesto al patrimonio año 2004].

TERCERO. CONFÍRMASE el numeral primero de la sentencia del 22 de julio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el Banco Colpatria contra la DIAN, que anuló parcialmente la Resolución No. 608-1198 de 2008 y la que la confirmó, la No. 0684-1013 de 2009, que resolvieron la devolución de la segunda cuota del impuesto al patrimonio por el año 2004. [Expediente 18551 Segunda cuota del impuesto al patrimonio año 2004].

CUARTO. CONFÍRMASE PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia del 22 de julio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el Banco Colpatria contra la DIAN, que anuló parcialmente las Resoluciones No. 630-0008 del 3 de octubre de 2008, que rechazó la petición de reconocimiento de intereses a favor del Banco Colpatria, y la 684-0016 del 30 de julio de 2009 que la confirmó. [Expediente 18551 Segunda cuota del impuesto al patrimonio año 2004].

QUINTO. REVÓCANSE el numeral segundo de las sentencias del 21 de julio, de 22 de junio de 2011 y el último párrafo del numeral segundo de la sentencia del 22 de julio de 2010. En su lugar, a título de restablecimiento del derecho se decide:

1. **DECLÁRESE** que el Banco Colpatria le adeuda a la DIAN por concepto de indexación del mayor impuesto de renta debido por los años 2001 a 2007 la suma de \$350.465.000
2. **DECLÁRESE** que la DIAN le adeuda al Banco Colpatria por concepto de indexación de la primera y segunda cuota del impuesto al patrimonio la suma de \$1.276.215.000
3. **COMPÉNSASE** la suma de \$350.465.000 con los \$1.276.215.000
4. **ORDÉNASE** a la UAE DIAN DEVOLVER al Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A. la suma de \$925.750.000
5. **ORDÉNASE** a la UAE DIAN PAGAR al Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A. la suma de \$25.520.000 y de \$25.288.000 por concepto de intereses moratorios causados desde el primero de agosto al 10 de septiembre de 2008, por concepto de la primera y segunda cuota del impuesto al patrimonio parcialmente devuelto mediante las Resoluciones 608 1197 y 608 1198 de 2008.
6. **ORDÉNASE** a la UAE DIAN PAGAR al Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A. los intereses moratorios que se causen sobre \$925.750.000 desde el 11 de septiembre de 2008 hasta que efectivamente se paguen. Esto, sin perjuicio de las compensaciones a que haya lugar.

QUINTO. En lo demás, **CONFÍRMANSE** las sentencias apeladas”.

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

“Expedientes 25000232700020090023301 (19045) y 25000232700020090027501 (18962). Primera cuota del impuesto al patrimonio del año 2004.

- El 28 de mayo de 2004, el Banco Colpatria pagó la primera cuota del impuesto al patrimonio del año 2004 por un valor de \$565.044.000.
- El 28 de julio de 2008, el Banco Colpatria solicitó ante la DIAN la devolución de esos \$565.044.000, más los intereses a que hubiera lugar.
- El 8 de septiembre de 2008, mediante la Resolución 608 1197, la DIAN reconoció a favor del Banco Colpatria la suma \$565.044.000. Además, compensó \$564.004.000, por concepto de impuesto sobre la renta de los años gravables 2001 a 2005, y ordenó devolver \$40.000.
- El 30 de junio de 2009, mediante la Resolución 001012, previa interposición del recurso de reconsideración, la DIAN confirmó la Resolución 608 1197 del 8 de septiembre de 2008.
- El 13 de noviembre de 2008, mediante la Resolución 630-0015, la DIAN rechazó el reconocimiento de intereses solicitado por el demandante en relación con la devolución de la primera cuota del impuesto al patrimonio del año 2004.
- El 30 de julio de 2009, mediante la Resolución 684 0015, previa interposición del recurso de reconsideración, la DIAN confirmó la Resolución 630-0015 del 13 de noviembre de 2008, que había rechazado la solicitud de intereses.

Expedientes Acumulados 25000232700020090023501 y 25000232700020090027801 (18551). Segunda cuota del impuesto al patrimonio del año 2004

- El 23 de septiembre de 2004, el Banco Colpatria pagó la segunda cuota del impuesto al patrimonio del año 2004 por un valor de \$565.043.000.

- El 28 de julio de 2008, el Banco Colpatría le solicitó a la DIAN la devolución de esos \$565.043.000, más los intereses a que hubiera lugar.
- El 8 de septiembre de 2008, mediante la Resolución 608 1189, la DIAN reconoció a favor del Banco Colpatría la suma \$565.043.000, correspondiente a la segunda cuota del impuesto al patrimonio del año 2004. Además, compensó \$439.783.000 por concepto de impuesto sobre la renta de los años gravables 2005, 2006 y 2007. Por último, ordenó devolver \$125.600.000.
- El 30 de junio de 2008, mediante la Resolución 001013, previa interposición del recurso de reconsideración, la DIAN confirmó la Resolución 608 1198 del 8 de septiembre de 2008.
- El 3 de octubre 2008, mediante la Resolución 630 0008, la DIAN rechazó la solicitud de intereses presentada por el Banco Colpatría en relación con la segunda cuota del impuesto al patrimonio del año 2004.
- El 30 de julio 2009, mediante la Resolución 684 016, previa interposición del recurso de reconsideración, la DIAN confirmó la Resoluciones 630-0008 del 3 de octubre de 2008, que había rechazado la solicitud de intereses.

(...)

Es menester precisar que el Banco Colpatría interpuso cuatro demandas de nulidad y restablecimiento del derecho. Dos fueron acumuladas en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, finalmente, los cuatro expedientes fueron acumulados en esta instancia.

(...)

1. Expedientes 250002327000200900023301 (19045) y 2500023270002009000235 01 (18551)

(...)

Vulneración al principio de confianza legítima

El Banco demandante explicó que el 21 de septiembre de 2000 presentó ante la DIAN solicitud formal para acogerse al régimen de estabilidad tributaria previsto en el artículo 240-1 del E.T. por un término de 10 años [2001 al 2010].

Que, sin embargo, la DIAN decidió suscribir el acuerdo de estabilidad tributaria por el período que quedaba pendiente del año 2000. Que el Banco Colpatría insistió en la solicitud, y le advirtió a la entidad que de no acceder a la petición, se podría configurar el silencio administrativo positivo.

Que habida cuenta de que la DIAN manifestó que no estaba interesada en suscribir contratos de estabilidad tributaria, procedió a protocolizar mediante escritura pública el silencio administrativo positivo que, según entendió, le permitió gozar del régimen de estabilidad tributaria por los años 2001 a 2010. Que, en consecuencia, pagó el incremento de los dos puntos porcentuales del impuesto sobre la renta de los años 2001 y 2002, según lo exigía el artículo 240-1 del E.T., para hacer efectivos los derechos derivados del régimen de estabilidad tributaria.

Agregó que la DIAN revocó el acto ficto positivo que, a juicio del demandante, le había dado acceso al régimen de estabilidad tributaria, y ordenó la cancelación de la escritura pública en la que fue protocolizado.

Que contra ese acto de revocatoria el demandante interpuso demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que fue decidida por el Consejo de Estado mediante fallo inhibitorio. Que, sin embargo, a instancia del recurso extraordinario de súplica que interpuso, la demanda fue decidida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

Sala Especial Transitoria de Decisión 4C, mediante sentencia del 7 de abril de 2008, en la que se declaró que el Banco Colpatria tenía derecho al régimen de estabilidad tributaria por un término de 10 años, contados a partir del año 2001.

Señaló que, en cumplimiento de la anterior sentencia, el 4 de julio de 2008 el demandante pagó el incremento del impuesto sobre la renta correspondiente a los años gravables 2001 a 2007, según lo exigía el artículo 240-1 del E.T., para hacer efectivo el régimen de estabilidad tributaria.

Que, así mismo, y en aras de hacer efectivo el restablecimiento del derecho, el Banco Colpatria le solicitó a la DIAN la devolución de \$565.044.00 y \$565.043.000, que, a su juicio, pagó de manera indebida el 28 de mayo y el 23 de septiembre de 2004, por concepto de la primera y segunda cuota del impuesto al patrimonio del año 2004.

Que mediante las Resoluciones 608 -1197 y 608 -1198 del 8 de septiembre de 2008, la DIAN reconoció el derecho a la devolución de los \$565.044.00 y \$565.043.000 –sumas correspondientes a la primera y segunda cuota del impuesto al patrimonio del año 2004–, pero que en el mismo acto administrativo la Administración compensó \$565.004.000 y \$439.783.000, liquidados como saldo pendiente del incremento del impuesto sobre la renta de los años 2001 a 2007 y los intereses de mora presuntamente causados sobre ese mayor impuesto.

Para el demandante, mediante ese acto administrativo la DIAN vulneró el principio de confianza legítima puesto que fue esa entidad la que no quiso reconocer el régimen de estabilidad tributaria a favor de la entidad bancaria. Que, precisamente, por eso, dejó de seguir pagando el incremento de los dos puntos del impuesto de renta.

Que, contrario al entendimiento de la Administración, la obligación de pagar el incremento del impuesto sobre la renta surgió a partir de la sentencia del Consejo de Estado del 7 de abril de 2008 que declaró que el Banco Colpatria gozaba del régimen de estabilidad tributaria. Que, en esa medida, la DIAN no podía liquidar intereses de mora sobre el impuesto de renta pagado en el año 2008, ni mucho menos compensar la suma reconocida como pago de lo no debido a esos intereses.

Sostuvo que la compensación de los intereses moratorios calculados sobre el incremento del impuesto sobre la renta de los años 2001 a 2007 no era procedente porque los intereses de mora tienen como función resarcir los perjuicios que sufre el acreedor como consecuencia del incumplimiento del deudor, pero que en el presente caso, antes de la sentencia del Consejo de Estado del 7 de abril de 2008, el demandante no tenía la condición de deudor, pues el fallo era de naturaleza declarativa.

(...)

Reiteró que bajo el entendido de estar cobijado por el régimen de estabilidad tributaria, durante los años 2001 y 2002, el demandante pagó el incremento del impuesto sobre la renta correspondiente a esos periodos, pero que en acatamiento de la decisión de la misma DIAN de no reconocer ese régimen, se abstuvo de seguir pagando.

Que cuando el Consejo de Estado ratificó que el Banco Colpatria estaba amparado por el régimen de estabilidad tributaria, esto es, en el año 2008, pagó el incremento del impuesto sobre la renta de los años 2001 a 2007, conforme lo exigía el artículo 240-1 del E.T.

Advirtió que pese a lo anterior, la DIAN pretendió cobrar intereses de mora por no haber pagado el incremento del impuesto sobre la renta en su debido momento, cuando fue la propia Administración la que impidió realizar esos pagos en su oportunidad.

Desconocimiento de la sentencia de súplica proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial Transitoria de Decisión 4C, del 7 de abril de 2008.

(...)

Explicó que en el fallo referido se declaró la nulidad de la Resolución 2805 del 5 de abril de 2002, que había revocado el acto presunto ficto positivo que le permitió al Banco Colpatría acceder al régimen de estabilidad tributaria. Que como la sentencia acogió la pretensión del demandante de reconocer la configuración del silencio administrativo positivo, los efectos del fallo se retrajeron al momento anterior a la expedición del acto anulado, esto es, al momento en el que gozaba del régimen de estabilidad tributaria.

Que de lo anterior se derivaba que a partir de la sentencia del 7 de abril de 2008, el demandante estaba en la obligación de pagar el incremento del impuesto sobre la renta, mientras que la Administración asumió el deber de devolver, entre otros, el impuesto al patrimonio que pagó, de manera indebida, el Banco Colpatría.

Desconocimiento del pago de lo no debido.

Dijo que si en gracia de discusión se admitiera que era procedente la liquidación de los intereses moratorios, debía tenerse en cuenta que la Administración, durante los años 2001 a 2007, recibió pagos efectuados por el demandante a título de impuestos que no estaba en el deber de pagar. Que, por consiguiente, la DIAN no podía pretender un beneficio económico a partir de una actuación ilegal que le era imputable.

Indebida aplicación del artículo 863 del Estatuto Tributario.

(...)

Señaló que en el presente caso no había lugar al pago de intereses moratorios en la medida en que el demandante no incumplió ninguna obligación. Que al 7 de julio de 2008, fecha en la que se expidió la sentencia de súplica, no existían obligaciones vencidas, sino que, por el contrario, habían saldos a favor del Banco Colpatría.

2. Expedientes 250002327000200900278 01 [Acumulado al Expediente 25000232700020090023501 [18551] y 250002327000200900275 01 [18962]

Luego de referirse a los mismos supuesto de hecho narrados en la demanda contra los actos que ordenaron la compensación y devolvieron parcialmente las cuotas del impuesto al patrimonio del año 2004, el demandante dijo que para hacer efectivo el restablecimiento del derecho confirmado por el Consejo de Estado mediante la sentencia del 7 de abril de 2008 –que le reconoció al Banco Colpatría el régimen de estabilidad tributaria– le solicitó a la DIAN la devolución de \$565.044.000 y \$565.043.000 pagados como primera y segunda cuota del impuesto al patrimonio del año 2004, más los intereses a que hubiera lugar.

DECISIÓN:

"Sentencia del 21 de julio de 2011. Expediente 250002327000200900233 01 (19045). Primera cuota del impuesto al patrimonio año 2004

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de los siguientes actos administrativos expedidos por la División de Recaudación – Grupo interno de Trabajo de Devoluciones y por la División de Gestión Jurídica de la Administración Especial Grandes Contribuyentes de Bogotá, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales:

1. Resolución No. 608-1197 de 08 de septiembre de 2008, por medio de la cual se reconoció a favor del Banco Colpatría Red Multibanca Colpatría S. A., la suma de quinientos sesenta y cinco millones cuarenta y cuatro mil pesos m/c. [\$566.004.000] como pago de lo no debido correspondiente a la primera cuota del impuesto al Patrimonio del año gravable 2004, ordenando compensar la suma de quinientos sesenta y cinco millones cuatro mil pesos [\$565.004.000] con las obligaciones pendientes de pago correspondientes al Impuesto sobre la Renta y Complementarios de los años gravables 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005, y devolver la suma de cuarenta mil pesos [\$40.000].

2. Resolución No. 684-1012 de 30 de junio de 2009, que resolvió el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 608-1197 de 8 de septiembre de 2008 confirmándola.

SEGUNDO. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la DIAN, reconocer a favor y devolver al Banco Colpatría Red Multibanca Colpatría S. A., la suma de quinientos sesenta y cinco millones cuatro mil pesos m/c. [\$565.004.000] como pago de lo no debido correspondiente a la primera cuota del Impuesto al Patrimonio del año gravable 2004.

TERCERO: En firme este proveído... archívese el expediente".

Sentencia del 22 de junio de 2011. Expediente 250002327000200900275 01 (18962). Primera cuota del impuesto al patrimonio

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de los siguientes actos administrativos expedidos por la División de Recaudación – Grupo interno de Trabajo de Devoluciones y por la División de Gestión Jurídica de la Administración Especial Grandes Contribuyentes de Bogotá, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, únicamente en relación con los intereses legales solicitados.

1. Resolución No. 630-0015 de 13 de septiembre de 2008, por medio de la cual se rechazó la solicitud de la devolución por pago de lo no debido respecto de los intereses de mora.

2. Resolución No. 684-0015 de 30 de junio de 2009, que resolvió el recurso de reconsideración confirmado por el anterior acto.

SEGUNDO: En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** a la entidad demandada reconocer intereses legales a favor del demandante, sobre los pagos indebidos por concepto de impuesto al patrimonio de 2004 [primera cuota] por valor de ciento cuarenta y siete millones cuatrocientos setenta y seis mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos moneda corriente [\$147.476.484], según lo expuesto en la parte motiva.

[...]

Sentencia del 22 de julio de 2010. Expedientes Acumulados 250002327000200900235 01 y 250002327000200900278 01 (18551). Segunda cuota del impuesto al patrimonio

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos expedidos por la División de Recaudación – Grupo interno de Trabajo de Devoluciones y por la División de Gestión Jurídica de la Administración Especial Grandes Contribuyentes de Bogotá, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, únicamente en relación con los intereses legales solicitados.

3. Resolución No. 608-1198 de 08 de septiembre de 2008, por medio de la cual se compensó una suma de dinero y se resolvió la devolución por pago de lo no debido.

4. Resolución No. 0684-1013 de 30 de junio de 2009, que resolvió el recurso de reconsideración confirmado por el anterior acto.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la entidad demandada reconocer y devolver la suma de cuatrocientos treinta y nueve millones setecientos ochenta y tres mil pesos (\$439.783.000) conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos expedidos por la División de Recaudación – Grupo interno de Trabajo de Devoluciones y por la División de Gestión Jurídica de la Administración Especial Grandes Contribuyentes de Bogotá, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, únicamente en relación con los intereses legales solicitados.

1. Resolución No. 630-0008 de 03 de octubre de 2008, por medio de la cual se rechazó la solicitud de devolución por pago de lo no debido respecto de los intereses de mora.

2. Resolución No. 684-016 de 30 de julio de 2009, que resolvió el recurso de reconsideración confirmado por el anterior acto.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** a la entidad demandada a reconocer los intereses sobre los pagos indebidos (565.043.000), aplicando el interés legal del 6% anual, equivalentes a ciento veintiocho millones quinientos cuarenta y siete mil doscientos ochenta y tres pesos (\$128.547.283) según la liquidación que obra en la parte considerativa".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

Ficha
No. 1

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Acción de cumplimiento	SALA O SECCIÓN: Sala Quinta	RADICADO: 08001-23-33-000-2013-00310-01(ACU)	FECHA: 05/03/14
PONENTE: Alberto Yepes Barreiro		ACTOR: Cielo Marina de la Hoz Domínguez	
DEMANDADO: Distrito de Barraquilla - Secretaría de Tránsito y Transporte			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Adelantar de manera gratuita el trámite de sustitución de las licencias de conducción vigentes que no cumplen con las especificaciones técnicas fijadas por la ley.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Parágrafos 1 y 2 del artículo 17 de la Ley 769 de 2002.

TEMA PRINCIPAL: Licencias de tránsito: gratuidad de la sustitución.

TEMA COMPLEMENTARIO: Unificación jurisprudencial. Acción de cumplimiento: naturaleza jurídica. Licencias de tránsito: recategorización, renovación y sustitución.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"En escrito de 5 de diciembre de 2013, la actora apeló la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, solicitó revocar la decisión y ordenar el cumplimiento de las normas invocadas.

Recalcó que el organismo de tránsito se está sustrayendo de la obligación legal de sustituir gratuitamente las licencias de conducción a quienes conducen vehículos particulares con licencias de conducción vencidas para el servicio público, pero vigentes para el servicio particular.

En relación con el argumento del Tribunal Administrativo del Atlántico según el cual en el caso de la referencia no es procedente ordenar el cumplimiento de normas que establezcan gastos, destacó que no se trata de que se incorpore o ejecute una partida del presupuesto, sino que se cumpla el mandato legal de sustituir o cambiar gratuitamente las licencias de conducción.

Para concluir, señaló que en virtud del derecho a la igualdad debe accederse a sus pretensiones pues en un caso idéntico al suyo el Tribunal Administrativo de Santander ordenó al organismo de tránsito de El Socorro (Santander) a dar cumplimiento a los parágrafos 1° y 2° del artículo 17 de la Ley 769 de 2002 y a expedir de manera gratuita las licencias de conducción, a quienes tenían la obligación de sustituirla por no cumplir las condiciones técnicas establecidas en el en el mencionado artículo".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Sobre el particular, es importante señalar que la competencia para **unificar jurisprudencia**, bien por la importancia jurídica del caso, la trascendencia económica o la necesidad de sentar jurisprudencia, es tanto de la Sala Plena como de las Secciones que conforman el Consejo de Estado.

En el primer caso, la Sala Plena está llamada a unificar la jurisprudencia en relación con asuntos que provengan de las secciones, generalmente, cuando estas conozcan en única instancia, como se analizará más adelante. En el segundo caso, las Secciones deben unificar la jurisprudencia en relación con asuntos que provengan de **las subsecciones o de los Tribunales**, como expresamente lo advierte el inciso 2° del artículo 271 del CPACA.

Por regla general, la Sala Plena debe unificar la jurisprudencia frente a las diferencias de criterio que se presenten entre sus Secciones o en los asuntos que a estas les corresponda conocer en única instancia, porque en relación con la discrepancia de razonamientos entre los Tribunales, el asunto lo asumen las Secciones, según su especialidad. Excepcionalmente, la Sala Plena puede adjudicarse en estos casos la competencia, cuando así lo pida uno de sus miembros o toda una sección o el Ministerio Público.

En el caso de la referencia, corresponde a la Sección Quinta **la unificación** que solicita la accionante, en cuanto es a esta a la que le está asignada la competencia para resolver en segunda instancia las apelaciones frente a las decisiones que en materia de acción de cumplimiento profieran los Tribunales Administrativos del país, en los términos del Acuerdo 015 del 22 de febrero de 2011 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

(...)

En consecuencia, los fallos en mención y este, han de tenerse como una providencia de unificación en lo que hace a la gratuidad de las licencias de conducción.

2.3. Naturaleza de la acción de cumplimiento

(...)

De este modo, la acción de cumplimiento constituye el instrumento adecuado para demandar de las autoridades o de los particulares que ejercen funciones públicas, la efectividad de las normas con fuerza material de ley y de los actos administrativos.

(...)

Sin embargo, para que la acción de cumplimiento prospere, del contenido de la Ley 393 de 1997, se desprende que se deben acreditar los siguientes requisitos mínimos:

- i) Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1°).
- ii) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento.
- iii) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de formular la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8°). El artículo 8° señala que, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito "*cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable*", caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

iv) Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo omitido, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia esta que hace procedente la acción. Por tanto, es improcedente la acción que persigue la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o pretende el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9°).

[...]

De la renuencia

[...]

Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad es importante tener en cuenta, como lo ha señalado la Sala, que *"el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento"*.

Para dar por satisfecho este requisito no es necesario que el solicitante en su petición haga mención explícita y expresa que su objetivo es constituir en renuencia a la autoridad, pues el artículo 8° de la Ley 393 de 1997 no lo prevé así; por ello, basta con advertir del contenido de la solicitud que lo pretendido es el cumplimiento de un deber legal o administrativo y, **que de este pueda inferirse el propósito de agotar el prerrequisito en mención.**

[...]

En efecto, existen en el mencionado Código por lo menos tres formas en las que una licencia de conducción debe ser cambiada o reemplazada: **la recategorización, la renovación y la sustitución.** A continuación, la Sala hará un breve estudio de dichos conceptos, el alcance de los mismos, como las obligaciones o cargas que se derivan para el titular de la licencia, según se trate de una u otra figura.

La recategorización de las licencias consiste en que el titular pretende el cambio de una categoría por otra, ya sea de servicio público a particular, o viceversa, o dentro del servicio público, la posibilidad de conducir vehículos de mayor capacidad, para lo cual se debe presentar y aprobar un nuevo examen teórico-práctico para la categoría solicitada y presentar un certificado de aptitud en conducción otorgado por el centro respectivo (artículo 24 de la Ley 769 de 2002).

La renovación o refrendación de las licencias de tránsito implican su modificación, cambio o remplazo por razón de su vigencia, artículos 22 y 23 de la Ley 769 de 2002. Es decir, que se debe dar cuando aquella expira. En ese sentido, es importante señalar que los términos o plazos de vigor de estos documentos han estado sujetos a una serie de reformas legislativas y diferencias según se trate de la habilitación para conducir automotores de servicio público o particular.

[...]

La sustitución, por su parte, se refiere a la necesidad de cambiar o reemplazar la licencia de conducción por **no cumplir con las nuevas especificaciones técnicas fijadas en la ley** y la reglamentación que para el efecto expida el órgano competente. En otros términos, este trámite corresponde al cambio de un plástico por otro, en los términos del artículo 17 de la Ley 769 de 2002, modificado por los artículos 4° de la Ley 1383 de 2010 y 244 de la Ley 1450 de 2011.

Es importante advertir que para que proceda **la sustitución es necesario que la licencia de conducción se encuentre vigente**, pues, se reitera, esta modalidad tiene por objeto o finalidad que quien porte este documento, lo reemplace por uno que cumpla con los nuevos estándares técnicos establecidos por el legislador y el Ministerio de Transporte.

Lo expuesto, hasta este punto, permite concluir que el único trámite contemplado como gratuito por el párrafo 2° del artículo 17 de la Ley 769 de 2002, es el de sustitución y que, la persona que pretenda obtener una nueva licencia, encontrándose expirada la anterior, deberá adelantar los trámites propios de la **renovación y no la sustitución**, asumiendo los costos y agotando los trámites exigidos para el efecto, como por ejemplo, la realización de los exámenes médicos para garantizar las aptitudes físicas del portador. Igual acontece con la recategorización.

[...]

Es fácil concluir, entonces, que este apartado del artículo 17 no asigna una obligación clara, imperativa e inobjetable para el Ministerio de Transporte como se afirma en la demanda, pues, se repite, la obligación en él descrita, lo es para los titulares de las licencias de tránsito de cambiar su documento por no cumplir con las nuevas especificaciones técnicas.

Cosa distinta, es que el artículo 1° de la Ley 769 de 2002, disposición que no fue objeto de esta acción y por tanto no puede ser materia de una orden de cumplimiento, imponga al Ministerio de Transporte el deber de *"orientar, dirigir, coordinar, planificar, controlar y evaluar el cumplimiento de las funciones a cargo del Sector, en materia de transporte, tránsito e infraestructura de todos los modos"*.

De dicho precepto, se puede deducir que esa cartera debe impartir instrucciones, reglamentos o resoluciones que, en el caso en estudio, indiquen y orienten de forma clara, y, con fundamento en lo expuesto en el acápite anterior, cómo y cuándo procede la **sustitución gratuita** de las licencias por parte de los diferentes órganos de tránsito, que permita igualmente a los ciudadanos, tener claridad sobre este tema.

[...]

En relación con este apartado es necesario hacer dos precisiones: (i) aunque de forma expresa el párrafo 2° no hace mención a la gratuidad de la sustitución, pues se refiere simplemente a un "cambio gratuito", la lectura sistemática y armónica de la norma, en especial con el inciso 4° del artículo 17 de la Ley 769 de 2002, permite concluir con toda claridad que ese *"cambio gratuito"* se refiere específicamente a la sustitución y no la renovación o recategorización, figuras que por demás no están reguladas en el precepto que se solicita cumplir.

(ii) El que la norma emplee el término *"autorización"* no por ello pierde su condición de ser un mandato imperativo e inobjetable, pues aquella se refiere a los rubros que se verán afectados en el presupuesto para garantizar la gratuidad de la sustitución.

[...]

Así las cosas, el párrafo 2 en análisis, sí contempla un mandato imperativo e inobjetable para los diferentes organismos de tránsito, pues en aras de garantizar la **gratuidad de la sustitución** de las licencias de conducción, que le corresponde expedir a estos, se les autorizó descontar, por una sola vez, una suma igual a un salario mínimo diario legal vigente por cada licencia expedida, *"de los recursos que obligatoriamente debe transferir al Ministerio de Transporte por concepto de especies venales"*.

[...]

(...)

De lo expuesto en los distintos apartados de esta providencia en relación con el artículo 17 de la Ley 769 de 2002, se concluye:

Primero: Los organismos de tránsito tienen el deber de **sustituir gratuitamente** las licencias de conducción; sin embargo, ello no obsta para que los ciudadanos paguen por los exámenes médicos en los casos en que la ley lo exige.

Segundo: En aras de garantizar la gratuidad de la sustitución de las licencia de conducción, el legislador previó que los organismos de tránsito deben descontar, por una sola vez, un salario mínimo legal diario vigente por cada licencia, es decir, actualmente existe una fuente de recursos para que se dé cumplimiento a lo establecido en la norma.

Tercero: La recategorización y la renovación de las licencias de tránsito no están reguladas en el texto del artículo 17 analizado. En consecuencia, por obedecer a figuras distintas al reemplazo por los cambios técnicos introducidos por el legislador y en razón a la pérdida de vigencia del documento o del cambio de categoría, se impone al titular o portador adelantar los trámites necesarios, asumiendo los pagos y exámenes que sean del caso.

(...)

La Sala observa que la recuperación de los dineros injustamente pagados por la sustitución de la licencia de conducción, que se insiste es gratuita, bien se puede lograr mediante petición dirigida a la administración a fin de que los reintegre a sus titulares. De responder negativamente, los interesados pueden acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, a efecto de que se invalide dicho acto y que se restablezca al actor su derecho económico. Sin embargo, ante lo dispendioso que podría resultar lo último por la relación costo beneficio, los afectados también pueden hacer uso de la acción de grupo consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, desarrollada en la Ley 472 de 1998 y retomada por el artículo 145 del CPACA".

FUENTES: Artículo 87 de la Constitución Política; Ley 393 de 1997; artículo 17 de la Ley 769 de 2002; sentencias C-157 de 1998 y C-925 de 2006; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 20 de octubre de 2011, Rad.: 2011-01063, C.P.: Mauricio Torres Cuervo.

DECISIÓN:

"PRIMERO: NEGAR la solicitud de unificación de jurisprudencia.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia de 18 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que declaró la improcedencia de la acción de cumplimiento presentada por la señora Cielo Marina de la Hoz Domínguez contra el Distrito de Barraquilla - Secretaría de Movilidad de Barranquilla y el Ministerio de Tránsito y Transporte, para en su lugar, **ORDENAR** al Distrito de Barraquilla - Secretaría de Movilidad de Barranquilla, que a partir de la ejecutoria de esta sentencia dé estricto cumplimiento a lo dispuesto por el párrafo 2° del artículo 17 de la Ley 769 de 2002 y adelante de manera gratuita el trámite de sustitución de las licencias de conducción vigentes que no cumplen con las especificaciones técnicas fijadas por la ley.

TERCERO: DENEGAR la acción de cumplimiento frente al párrafo 1° del artículo 17 de la Ley 769 de 2002 y respecto de la pretensión 3° de la demanda.

CUARTO: DECLARAR improcedente la acción de cumplimiento en lo que respecta a la pretensión 4° de la demanda.

QUINTO: EXHORTAR al Ministerio de Transporte para que en el marco de sus competencias como órgano rector del sector de tránsito y transporte, imparta a las autoridades de tránsito del país, las instrucciones necesarias para garantizar la **sustitución gratuita** de las licencias de conducción vigente cuando el titular de esta tenga derecho a ello."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

- "Los párrafos 1° y 2° del artículo 17 de la Ley 769 de 2002, modificados por los artículos 4° de la Ley 1383 de 2010 y 244 de la Ley 1450 de 2011, señalaron que dentro de los cuarenta y ocho (48) meses siguientes a la entrada en vigencia de dicha norma, se debían cambiar de forma gratuita las licencias de conducción que no cumplieran con las condiciones técnicas previstas por la ley y el reglamento que para el efecto expida el Ministerio de Transporte.
- En cumplimiento de lo establecido en la norma antes mencionada, la Subdirectora de Tránsito del Ministerio del Transporte expidió la Resolución 00623 de 2013 "*Por medio de la cual se adopta la Ficha Técnica del Formato Único Nacional para licencia de conducción y se dictan otras disposiciones*" y definió los criterios técnicos que debían tener las licencias de conducción expedidas a partir del 15 de julio de 2013.
- En los términos de la demanda, el organismo de tránsito del distrito de Barranquilla está cobrando por la renovación de las licencias de conducción, pese a que los párrafos 1° y 2° del artículo 17 de la Ley 769 de 2002 ordenaron el cambio gratuito de las licencias que no cumplieran con las condiciones técnicas previstas por la ley y la reglamentación expedida por el Ministerio de Transporte."

"La señora Cielo Marina de la Hoz Domínguez ejerció la presente acción de cumplimiento "contra el Distrito de Barranquilla y la Secretaría de Tránsito y Transporte de la misma ciudad para que se cumpla lo dispuesto en los párrafos 1° y 2° del artículo 17 de la Ley 769 de 2002, modificado por los artículos 4° de la Ley 1383 de 2010 y 244 de la Ley 1450 de 2011, de conformidad con los cuales las entidades demandadas están obligadas a realizar la sustitución gratuita de las licencias de conducción que no cumplan con los requisitos técnicos establecidos en la Ley 769 de 2002 y la Resolución 623 de 2013 proferida por el Ministerio de Tránsito y Transporte.

[...]

En memorial presentado el 20 de febrero de 2014, ante la Secretaria General y remitido al despacho del Consejero Ponente el 21 del mismo mes y año, la accionante solicitó que, en aplicación del artículo 271 del CPACA, el proceso de la referencia fuera asumido por la Sala Plena a efectos de unificar jurisprudencia, dada la importancia y trascendencia del tema a definir: *la sustitución gratuita de las licencias de tránsito.*"

DECISIÓN:

"Por sentencia de 18 de noviembre de 2013, el Tribunal Administrativo del Atlántico, declaró la improcedencia de la acción cumplimiento".

5. SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad electoral	SALA O SECCIÓN: Sala Quinta	RADICADO: 11001-03-28-000-2014- 00061-00	FECHA: 09/04/15
PONENTE: Susana Buitrago Valencia		ACTOR: Juan Luis Pérez Escobar	
DEMANDADO: "Acto de elección del señor Inti Raúl Asprilla Reyes como Representante a la Cámara por el Distrito Capital de Bogotá, período 2014-2018, del 1 de abril de 2014 [formulario E-26 CA]"			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se negaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 179.5 de la Constitución Política.

TEMA PRINCIPAL: Autoridad civil y política: tiempo dentro del cual debe ejercerse.

TEMA COMPLEMENTARIO: Confianza legítima.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El señor Juan Luis Pérez Escobar, en nombre propio, presenta demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral contra el acto de elección del señor Inti Raúl Asprilla Reyes como Representante a la Cámara por el Distrito Capital de Bogotá, período 2014-2018, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:

"Primera. Que se declare la nulidad del Acta Parcial de Escrutinio que declara la lección de Representantes a la Cámara por Bogotá, Formulario E-26 CAM proferida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral el 1° de abril de 2014 (Anexo 1), en especial la elección del candidato No. 109 de la Alianza Verde, señor Inti Raúl Asprilla Reyes y la Cancelación de la correspondiente "Credencial" que lo acredita como Representante a la Cámara elegido en las Elecciones Realizadas el día 9 de marzo de 2014, en razón de encontrarse incurso en la causal de inhabilidad establecida en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución, conforme lo expuesto en la demanda.

Segunda: Que como consecuencia de las anterior (sic) declaración, ordene al Presidente de la Cámara de Representantes a realizar el llamado de quien corresponda, conforme a lo establecido en el artículo 134 C. N., y 278 de la Ley 5° de 1992".

[...]

En síntesis, argumentó que el señor Inti Raúl Asprilla al momento de su elección como representante a la Cámara por Bogotá tenía **restringido** su derecho fundamental de participar en la conformación del poder político, por hallarse incurso en la inhabilidad que prevé el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política.

Ello debido a que existía un vínculo de parentesco en primer grado de consanguinidad con el señor Guillermo Raúl Asprilla Coronado (padre del demandado - q.e.p.d.), quien se desempeñó como Secretario de Gobierno del Distrito de Bogotá desde el 3 de mayo de 2012 hasta el 6 de mayo de 2013, cargo en el cual ejerció autoridad civil y política, que se traduce *"...en la potestad de dirección y mando frente a los ciudadanos confiriéndole el poder de impartir ordenes con sentido de trascendencia y de proyección general obligatoria"*.

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"De acuerdo con lo expuesto, para la Sala es evidente que las competencias atribuidas a la Secretaría de Gobierno implican el ejercicio de **autoridad civil**, que es una de las modalidades que exige el artículo 179-5 constitucional en dirección a que se configure la inhabilidad en cuestión.

Se resalta que de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corporación la autoridad civil consiste en la potestad para producir actos de poder y mando, que se expresan y se hacen cumplir sobre los ciudadanos y la comunidad en general, con posibilidad incluso de compulsión o de coerción por la fuerza. Son expresión exógena de la autoridad.

En otras palabras, *"la autoridad civil implica la posibilidad de tomar decisiones en materia de policía administrativa, materializadas en actos administrativos, y de hacerlas cumplir incluso en contra de la voluntad de los destinatarios"*

Dentro de estos parámetros, no cabe duda de que las funciones que tiene atribuidas el cargo de Secretario de Gobierno Distrital comportan el ejercicio de autoridad civil, pues implican la potestad autónoma y propia para desplegar actos de poder y mando de acatamiento obligatorio por los habitantes del Distrito Capital de Bogotá. Es decir, en el desarrollo de su cargo el padre del demandado detentó función de policía administrativa. Tenía competencia para dictar *"actos de autoridad"*, que denotan en su ejecución control sobre la comunidad en general, la administración o los demás servidores públicos.

[...]

Entonces, es claro que el Secretario de Gobierno de la alcaldía distrital de Bogotá también ejerce autoridad política según la definición contenida en la citada norma, pues debido a la importancia del cargo y al grado de jerarquía que ocupa dentro del organigrama de la administración, a la par del Alcalde Distrital se encarga de tratar y resolver los asuntos más trascendentes y relevantes para la comunidad.

IV. Del tiempo dentro del cual debe ejercerse la autoridad civil o política

A fin de que se configure la inhabilidad que prevé el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política, ha existido una posición reiterada de la Sección Quinta del Consejo de Estado en el sentido de que es necesario que la autoridad política o civil se ejerza por parte del pariente del elegido el día de las votaciones.

[...]

Empero, como bien lo ponen de presente el demandante y el Ministerio Público, la Sala considera que se hace necesario replantear hacia adelante la hermenéutica que ha venido recibiendo esta causal, según la cual la inhabilidad se "*tipifica*" únicamente si el ejercicio de autoridad se presenta el día de las elecciones, pues es indiscutible que tal entendimiento le resta eficacia a la norma constitucional, en la medida en que contraría la finalidad de la prohibición, esto es, el respeto por la igualdad entre los candidatos y evitar el nepotismo.

Sea lo primero advertir que en razón de la competencia constitucional y legal de la Sección Quinta como Sala especializada en la materia electoral para estudiar y analizar las demandas de nulidad electoral sometidas a su conocimiento, actúa como órgano de cierre y como autoridad judicial que unifica los criterios sobre tales temas. Por esta razón, está plenamente facultada para sentar posturas jurisprudenciales o para reestructurar las acuñadas en el pasado ante la necesidad de dar efecto útil a una inhabilidad, como ocurre en este caso con la que prevé el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política.

[...]

En este orden de ideas, por lo tanto, le compete que se anuncie cual es en adelante el nuevo alcance teleológico que debe recibir del numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política, a fin de que la prohibición allí contemplada consulte realmente la finalidad de su consagración, acorde con los principios y valores que informan nuestra Carta Política y con su teleología de mantener y fortalecer la democracia, que es pilar del sistema electoral que nos rige y que se funda en la igualdad y en el equilibrio de los candidatos en la contienda.

Por tanto, se impone asumir que lo que se pretendió por el constituyente es impedir que los parientes de los funcionarios que ejercen autoridad civil o política dentro de la misma circunscripción electoral se puedan beneficiar por las prerrogativas que poseen sus familiares en el poder y que con ello se rompa el equilibrio o la igualdad a la que todos los candidatos tienen derecho. El objetivo y propósito de la causal es preventivo y tiene este alcance, el cual es preciso que el juez se lo otorgue, interpretando la Constitución en dirección a tal logro.

[...]

De conformidad con las anteriores consideraciones, resulta necesario que para que tenga efecto útil la prohibición que prevé el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política, lo lógico es entender que su estructuración no sólo se limite al día de la elección -como época en que el pariente no puede encontrarse en ejercicio del empleo o cargo público que le comporte potestades de autoridad civil o política -, sino que tal limitación opere dentro de término razonable en el que ello tiene incidencia de evitar que el candidato se pueda beneficiar de las prerrogativas de cercanía a los elementos de poder de que gozan sus familiares. Este término corresponde entonces desde cuando se es candidato, que acaece cuando se inscribe oficialmente la aspiración.

[...]

Entonces, para sustentar la modificación de la jurisprudencia actual, se acude a tal interpretación, en el entendido de que el fundamento de prohibir que el candidato tenga parientes con potestades de autoridad pública no es otra que eliminar el nepotismo y el **establecimiento de dinastías familiares, concomitantemente con impedir el desequilibrio o desventajas en la contienda**, razón por la cual se impone al juez electoral que prefiera la tesis que responda realmente a los requerimientos planteados por el constituyente.

[...]

Entonces, ¿Cuál debe ser la interpretación del factor temporal de la inhabilidad, en aras de que se alcance la finalidad que previó el Constituyente?

Para dar respuesta a este interrogante, en uso de la interpretación sistemática o armónica antes descrita y con el objetivo de dotar de plena eficacia a la norma constitucional, la Sala estima que la regla que se deriva de la inhabilidad del numeral 5° del artículo 179 Superior, es que aquella se entienda materializada si la autoridad política o civil por parte del pariente candidato se ejerce durante la época de candidatura del aspirante a ser elegido, que comienza con la inscripción de su nombre.

En efecto, el proceso de elección comprende no sólo el día en que se llevan a cabo las votaciones, sino que comienza desde el momento mismo en el que se realiza la inscripción de la candidatura ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, pues es ahí cuando la sociedad tiene certeza de que aquel se convierte en candidato.

A este punto es necesario tener presente que el régimen electoral tiene rango constitucional. Si la inhabilidad atañe al candidato como sujeto pasivo de ésta, se es candidato desde que se realiza la inscripción de la aspiración.

Así las cosas, el factor temporal de la inhabilidad del numeral 5° del artículo 179 Constitucional debe interpretarse circunscrito a este término, que se extiende a todo el período que comprende la campaña electoral, período en el cual el ejercicio de autoridad civil o política por parte del pariente puede presentar favorecimiento para su elección.

En conclusión, el indicado alcance del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución, es que se configura desde el día de inscripción de la candidatura al cargo de elección popular hasta el día en el que se lleve a cabo la votación para la elección respectiva.

(...)

Aunque la Sala en la presente providencia está fijando la nueva tesis respecto del entendimiento a otorgarse a la inhabilidad que consagra el artículo 179-5 constitucional, aplicarla al sub examine implicaría alterar la confianza legítima del demandado que se atuvo al tenor literal de la disposición, respaldada en el entendimiento que para la época de su candidatura tenía fijado la jurisprudencia de esta Corporación. Además, en el caso concreto el padre del demandado dejó de desempeñar el cargo de Secretario de Gobierno Distrital 10 meses antes de la fecha en que tuvo lugar la respectiva elección.

Por tanto, en preservación de la certeza y la seguridad jurídica que la norma y sus alcances deben conferir al ciudadano y al que ejercita su derecho político a ser elegido, ni aun estructurándose todos los elementos que según la nueva postura tipifican la prohibición, sería jurídicamente posible anular la presente elección que en este proceso se demandó.

(...)

Por lo tanto, el nuevo alcance hermenéutico según el cual la inhabilidad que consagra el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política se estructura cuando el ejercicio de autoridad por parte de los parientes del candidato se efectúe dentro del término comprendido entre el día de la inscripción de la candidatura y el día de elecciones, **constituye a partir de este fallo jurisprudencia anunciada** que, como se dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia, se aplicará para los siguientes comicios de Senado y Cámara de Representantes. No así al presente asunto toda vez implicaría desconocer el principio de confianza legítima del demandado".

FUENTES: Artículo 189 de la Ley 136 de 1994; Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 11 de febrero de 2008, Rad.: 2007-00287, C.P.: Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de noviembre de 1999, Rad.: 1891, 1892, 1894, 1895, 1897, 1909, 1911, 1912 y 1914, C.P.: Darío Quiñonez Pinilla, entre otras.

DECISIÓN:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por el señor Juan Luis Pérez Escobar.

SEGUNDO: ADVERTIR a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia respecto del entendimiento del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5° del artículo 179 Constitucional tendrán aplicación desde las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes, es decir, las concernientes al período 2018-2022.

TERCERO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso”.

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

“-Que el doctor Guillermo Raúl Asprilla Coronado (q. e. p. d.), fue nombrado Secretario de Gobierno del Distrito Capital entre el 3 de mayo de 2012 y el 6 de mayo de 2013, funcionario que era el padre del demandado Inti Raúl Asprilla Reyes.

-Que como Secretario de Gobierno, el padre del elegido Representante a la Cámara Inti Raúl Asprilla Reyes, ejerció autoridad civil y política dentro del Distrito Capital, toda vez que atendió asuntos de orden público, ejerció poder de policía, de control interno y de ordenador del gasto, así como se encargó de las relaciones de la Alcaldía con el Concejo Distrital”.

“El señor Juan Luis Pérez Escobar, en nombre propio, presenta demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral contra el acto de elección del señor Inti Raúl Asprilla Reyes como Representante a la Cámara por el Distrito Capital de Bogotá, período 2014-2018”.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

OBSERVACIONES: Ver en el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de marzo de 2015, Rad.: 2014-00034, C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad simple	SALA O SECCIÓN: Sala Quinta	RADICADO: 11001-03-28-000-2014- 00066-00	FECHA: 07/09/15
PONENTE: Alberto Yepes Barreiro (E)		ACTOR: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra	
DEMANDADO: Consejo Nacional Electoral			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X	NO
----	---	----

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 40 de la Constitución Política.

TEMA PRINCIPAL: Uso de nombres y/o imágenes de personas naturales en la denominación de organizaciones políticas.

TEMA COMPLEMENTARIO: Democracia: concepto político. Partidos políticos. Principio de libertad de las organizaciones políticas. Control de constitucionalidad de leyes ordinarias y leyes estatutarias: efectos.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El actor invocó como normas infringidas las disposiciones contenidas en el artículo 40 de la Constitución, el artículo 5° de la Ley 130 de 1994 y el 35 de la Ley 1475 de 2011. Igualmente, sostuvo que el CNE desconoció el precedente establecido en las sentencias de constitucionalidad C-089 de 1994 y C-490 de 2011.

En esta misma línea argumental, el señor Gutiérrez afirmó que los actos acusados se encuentran viciados de las causales de nulidad denominadas "*falsa motivación*" y "*desviación de poder*". Para sustentar esta postura expuso los siguientes argumentos:

(i) El CNE con su actuar buscó favorecer a otros partidos y obstruir la actividad política del grupo significativo de ciudadanos "*Uribe Centro Democrático*", que no tenía representación en esa entidad de la organización electoral.

A su juicio, prueba de lo anterior es el hecho de que a los cinco días de haberse expedido la Resolución N° 0103 de 10 de enero de 2014 por medio de la cual se mantuvo la decisión de no registrar el nombre "*Uribe Centro Democrático*", el CNE por medio de la Resolución N° 0160 reconoció como organización política a la Corporación "*Nelson Mandela*".

(ii) El CNE erró cuando afirmó, en la Resolución N° 103 de enero de 2014 que la *ratio decidendi* de la Sentencia C-089 de 1994 perdió vigencia a raíz de las reformas adoptadas con los Actos Legislativos N° 01 de 2003 y N° 01 de 2009. Por ello, dicho precedente constitucional es plenamente aplicable al caso concreto y en consecuencia el nombre y símbolo del grupo "*Uribe Centro Democrático*" debió haberse registrado.

En efecto, a su juicio, el propósito tanto de las reformas políticas de los años 2003 y 2009, así como el de la sentencia C-089 de 1994, era propender por la protección del estado democrático y participativo. Por lo tanto, ante la permanencia de esos principios constitucionales en el ordenamiento Superior resulta infundado sostener que la *ratio decidendi* del citado fallo de constitucionalidad desapareció.

(iii) En contra de los razonamientos vertidos en los actos impugnados, el numeral 3° del artículo 40 de la Constitución reconoce el derecho a constituir organizaciones políticas "*sin limitación alguna*" y, por ello, el CNE no podía limitar el derecho del grupo significativo de ciudadanos a denominarse "*Uribe Centro Democrático*" y a identificarse con el rostro de su inspirador y fundador.

(iv) Sostuvo que detrás de los actos acusados estaba el deseo de los integrantes del CNE de hacer perder identidad al grupo significativo de ciudadanos "*Uribe Centro Democrático*", para así debilitarlo políticamente en las elecciones del 9 de marzo de 2014.

(v) El argumento según el cual la modificación introducida al artículo 258 Superior con el Acto Legislativo 01 de 2003, referida al diseño de las tarjetas electorales, impide que se registren nombre y fotos de personal naturales carece de asidero jurídico.

En este mismo orden de ideas, precisó que desde el texto original de los artículos 108 y 258 de la Constitución, e incluso en el artículo 93 del Código Electoral, se contemplaba la posibilidad de incluir en la tarjeta electoral el nombre de los candidatos y de las organizaciones políticas, lo cual desvirtúa la tesis de que las reformas políticas promovidas por los Actos Legislativos consagraron la prohibición pregonada por el CNE.

(vi) Las reformas constitucionales de los años 2003 y 2009 no prohibieron que las organizaciones políticas se denominaran como una persona natural ni que se identificaran con su imagen, máxime si se tiene en cuenta que ninguno de esos actos legislativos varió las funciones de regulación, vigilancia y control asignadas al CNE respecto a las restricciones al derecho a fundar organizaciones políticas.

(vii) Puso de presente que la única limitación contemplada en la ley en lo que concierne al nombre y símbolo de los partidos, movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos está estipulada en el artículo 5° de la Ley 130 de 1994, disposición que consagra que ni el nombre ni el logo de la organización política tendrá puntos de contacto con símbolos patrios o emblemas estatales, siendo claro que ni el nombre "*Uribe Centro Democrático*" ni el logo con la imagen de su fundador se encuentran inmersos en la prohibición antes anotada, porque no aluden a ningún signo o insignia estatal.

(viii) El artículo 35 de la Ley 1475 de 2011 ratificó la vigencia de la *ratio decidendi* de la sentencia C-089 de 1994, en atención a que en esa normativa se estableció que la propaganda electoral no puede incluir los símbolos patrios, los nombres de otras organizaciones políticas ni prestarse a confusión con los registrados por otros movimientos o partidos políticos.

Finalmente, afirmó que: “[...] los artículos 5 de la ley 130 de 1994 y el 35 de la [Ley] 1475 de 2011, así como las sentencias C-089 de 1994 y C-490 de 2011, coinciden en que la restricción al registro y difusión de propaganda electoral respecto del nombre, logotipo, emblema o símbolo de las organizaciones políticas solo se da en cuanto a la utilización ‘...de símbolos patrios, los de otros partidos, o movimientos políticos, ni ser iguales o generar confusión con otros previamente registrados’. En ninguna parte la norma impide que organizaciones políticas se denominen de una u otra manera, así se trate de utilizar un apellido o un nombre.”

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

3.1 Cargo de desviación de poder

[...]

Así pues, existe desviación de poder cuando con un acto proferido por el funcionario competente y con sujeción a los aspectos externos de la legalidad, la administración pretende materializar una finalidad totalmente distinta a la que le fue asignada por la Constitución y/o por la ley.

[...]

Entonces, es evidente que probar la forma en la que el Congreso eligió a los miembros del CNE NO acredita la desviación de poder, NI avala la tesis de la parte actora, según la cual todas las actuaciones en las que intervenga dicha autoridad electoral y que tengan relación con aquellas organizaciones políticas que no hicieron parte de las que eligieron a los miembros de dicha corporación están viciados de nulidad, razonamiento que además conlleva una “*reducción al absurdo*”, porque resta eficacia a las funciones que constitucionalmente fueron asignadas al CNE haciéndolas inanes y limitando sus efectos a ciertos partidos y movimientos políticos.

[...]

3.2 Cargo de falsa motivación

[...]

Bajo este panorama, huelga concluir que en Colombia la limitación que contempla la legislación respecto al nombre y logo-símbolo de los partidos y movimientos políticos es la referida a que ninguno de estos dos elementos puede tener relación gráfica ni fonética con símbolos patrios o emblemas estatales, ya que la relativa a que “*El nombre del partido o movimiento no podrá incluir denominaciones de personas, ser expresivo de antagonismos hacia naciones extranjeras, personas, instituciones u organizaciones políticas*” fue declarada inconstitucional por la Corte, lo que significa que nunca produjo sus efectos jurídicos en atención al especial proceso de formación de las leyes estatutarias que, como se explicó, exigen un control previo y automático de constitucionalidad.

De lo anterior igualmente se colige que, en algunos casos, el CNE puede negar la inscripción de un nombre o símbolo, pero sólo cuando aquel afecte la seguridad del Estado o ponga en peligro el sistema electoral mismo, evento en el cual la autoridad electoral deberá sustentar con argumentos y pruebas por qué aquel no puede ser registrado.

(...)

En este contexto se impone concluir, sin ninguna dubitación, que están proscritos en el orden jurídico colombiano **exclusivamente** la utilización de nombres o imágenes: i) relacionados con los símbolos patrios o emblemas estatales y ii) que afecten la seguridad del Estado o pongan en peligro la existencia del sistema electoral mismo, **únicas prohibiciones que fueron admitidas por la Corte Constitucional** en sentencia de control abstracto de constitucionalidad **que hizo tránsito a cosa juzgada absoluta**.

(...)

Ahora, si bien las reformas constitucionales del año 2003 y 2009 provocaron profundos cambios en el sistema de partidos políticos en Colombia, lo cierto es que esta transformación no modificó ni alteró en lo más mínimo la disposición que la Corte Constitucional tomó como fundamento para declarar que la prohibición de no aludir en los nombres y grupos en las denominaciones de los partidos y movimientos políticos era contraria a la Carta Política de 1991, puesto que de ninguna manera restringió el alcance o contenido del artículo 40.3 Superior con fundamento en el cual la Corte tomó su decisión de inexequibilidad.

Ciertamente, aunque la Constitución varió el marco jurídico en lo que a los partidos políticos se refiere, lo cierto es que en ningún momento la reforma del 2003 ni la del 2009 modificaron, subrogaron o sustituyeron el artículo 40 Superior.

En efecto, el texto vigente de la aludida norma consagra:

Artículo 40. *Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:*

3. *Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. (Subrayas fuera de texto).*

Nótese como el constituyente primario no solo fue enfático en establecer que la libre conformación de partidos, movimientos y/o agrupaciones políticas es un componente esencial de los derechos políticos que se practican en el Estado Social de Derecho, sino que además, sin lugar a dudas, estipuló que el ejercicio de ese derecho se haría sin **limitación alguna**.

Así pues, el constituyente primario no solo NO prohibió que el nombre y/o imagen de una persona natural identifique una organización política, sino que además, **concedió** un amplio margen de discrecionalidad para escoger el nombre de una organización política, **pues de la simple lectura de la disposición antes transcrita se evidencia que la conformación de los partidos y movimientos políticos debe realizarse sin mayores límites u obstáculos**.

En consecuencia, no se puede afirmar que la forma que el constituyente entendió el ejercicio de los derechos políticos en el país varió, toda vez que, si bien las reformas de 2003 y 2009 hicieron un cambio en el ejercicio de la actividad política, los derechos políticos y especialmente el de conformar asociaciones sin limitación alguna se mantuvo **incólume**, y mucho menos del contexto puede derivarse, como se explicó, una cosa juzgada relativa frente a una inexequibilidad.

Por supuesto, ello no significa que los aludidos actos legislativos se hayan convertido en "*letra muerta*", que estén vacíos en su contenido o que sean inaplicados de forma tal que se haga evidente un retroceso a los avances que ha alcanzado el sistema democrático y político colombiano, **por el contrario**, las reformas constitucionales se armonizan con el ejercicio de los derechos políticos y juntos permiten y facilitan la vida democrática del país.

En efecto, la libertad concedida en el artículo 40.3 en nada riñe con la finalidad promulgada por el Acto Legislativo No. 01 de 2003 de acabar con los personalismos, pues llevar el nombre de una persona natural no significa que la agrupación política pueda eludir el cumplimiento de las disposiciones sobre régimen de bancadas, cifra repartidora o umbral, entre otras, ni tampoco implica que una colectividad por el hecho de llevar el nombre de un individuo constituya una *microempresa personalista*, utilizando el término acuñado por la Corte Constitucional en su Sentencia C-490 de 2011, sin fuerza de cohesión ni impacto ciudadano, para lo cual, justamente basta observar lo acontecido con la suerte del hoy Partido Político "*Centro Democrático*" cuya personería fue reconocida por el CNE mediante Resolución 3035 del 23 de Julio de 2014 ante el suficiente apoyo ciudadano en las urnas.

[...]

Así pues, los derechos políticos por tener naturaleza fundamental se entienden, según Alexy, como principios y por contera como mandatos de optimización, razón por la cual deben interpretarse de forma tal que su realización sea la mayor posible de conformidad con las condiciones fácticas y jurídicas aplicables al caso.

Las anteriores premisas, aplicadas al caso concreto imponen entender que cuando el constituyente estableció el derecho a conformar organizaciones políticas sin limitación alguna, creó una prerrogativa exigible a favor de los ciudadanos consistente en la libertad plena para conformar partidos, movimientos y agrupaciones políticas, autonomía dentro de la cual está incluida la discrecionalidad para elegir su nombre y logo de forma que se adapte a los gustos y preferencias de quienes constituyen la colectividad.

Entender que con la expedición de las reformas de 2003 y de 2009 se adicionó una prohibición a la libertad pregonada en el artículo 40.3 Superior, implicaría, de suyo, afectar el *núcleo duro* de dicho derecho fundamental, y en consecuencia, hacerlo nugatorio, pues tal circunstancia conlleva una restricción extrema que además, el ordenamiento jurídico no contempló.

En suma, si se tiene en cuenta que con el artículo 40 de la Carta Política el Constituyente del 91, quiso garantizar la más amplia libertad en la participación política y en el ejercicio del derecho político a elegir y ser elegido, es evidente que el juez no puede avalar interpretaciones restrictivas a dicho derecho.

v) Ahora bien, una interpretación sistemática de la Constitución impone concluir que los derechos políticos deben prevalecer, no solo porque las reformas de los años 2003 y 2009 no modificaron el derecho fundamental, sino porque tampoco dichas normas proscribieron la creación de partidos políticos "*inspirados*" en una persona en particular, **pues el ordenamiento jurídico permite que se conformen grupos significativos de ciudadanos alrededor de la concepción del mundo que tiene un individuo.**

Lo anterior, siempre y cuando: i) cumplan con las exigencias establecidas en la ley para participar en los respectivos comicios, ii) aquellos no se constituyan como "*microempresas partidistas*" en las que las organizaciones políticas tengan "*dueño*" de forma tal que sus acciones estén guiadas por el parecer de una sola persona, iii) se diferencie claramente el actuar de la persona jurídica del de la persona natural y iv) después de las elecciones, se acredite que se satisficieron los requisitos para conformarse como una organización política consolidada de forma tal que sus actuaciones se rijan por el régimen de bancadas.

En suma, es claro que aún bajo la vigencia de las reformas constitucionales del año 2003 y 2009 la prohibición de incluir el nombre y/o imagen de una persona natural en la denominación de las organizaciones políticas sigue retirada del ordenamiento jurídico, habida cuenta que el fundamento normativo que sirvió como sustento para la declaratoria de inexequibilidad no fue modificado por los actos legislativos en comento.

(...)

Pese a que se afirmó que la inscripción del nombre "*Uribe Centro Democrático*" hubiese desequilibrado las elecciones de Congreso y Presidente realizadas en el año 2014, lo cierto es que la limitación impuesta por el CNE al grupo significativo de ciudadanos se realizó con base en hipótesis no probadas, acerca de las presuntas las consecuencias que se generarían en el país por registrar esa denominación.

Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que la limitación que puede ejercer el Estado en la conformación de los partidos políticos debe ser reservada para casos de extrema gravedad en los cuales se encuentre inminentemente comprometida la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho, y de ninguna manera usarse, a la manera del principio de precaución, para reprimir incipientes amenazas o desafíos al sistema político, que lejos de destruirlo, pueden llegar a fortalecerlo a través de la libre deliberación pública de entre ideologías y corrientes de pensamiento contrapuestas, incluyendo la participación en política de eventuales organizaciones que por virtud de un proceso de paz se reintegren a la vida civil y política.

La anterior premisa se refuerza si se tiene en cuenta que no está probado en el expediente, ni resulta posible suponer, que el registro del nombre y símbolo propuesto por el grupo significativo de ciudadanos hubiese: i) desequilibrado el debate electoral, ii) inducido a error a los electores o iii) confundido a los ciudadanos respecto a la filiación política de los candidatos que el movimiento avalaba con sus firmas.

Es evidente que por sí sola dicha denominación no afecta la democracia y la transparencia que debe permear los comicios, pues incluso los desequilibrios o contaminación al debate político también pueden derivarse de organizaciones portadoras de nombres "*neutrales*".

(...)

Igualmente, es de anotar que la conclusión respecto de la supuesta "*doble propaganda*" que, a juicio del CNE, desequilibraba las elecciones a favor de un determinado grupo político, parte de una premisa errada según la cual toda publicidad que se realice con el nombre y/o imagen de una persona genera propaganda **positiva** para dicho individuo.

Muy por el contrario, resulta evidente que esa dualidad también puede afectar de manera negativa al ciudadano que prestó su nombre y/o imagen para representar el grupo significativo de ciudadanos que apoya su candidatura, frente a aquellos que no sean afines a sus ideales, quienes rechazarán tanto al candidato que identifica la organización política como a todos los que se inscriban con el aval de ese partido, movimiento o grupo significativo de ciudadanos.

Así las cosas, no se evidencia que el derecho a la igualdad se ponga en riesgo cuando una persona preste su nombre para identificar a una organización política, ni tampoco que ello implique volver al caudillismo, pues se reitera, que la organización política i) deberá tener una ideología cimentada, ii) unos directores, iii) una separación total en el actuar de la persona natural y la persona jurídica, iv) ser una asociación de personas que pública y analíticamente debatan las decisiones del partido o movimiento político.

En efecto, si el caudillismo por definición implica un régimen personalista y cuasimilitar, cuyos mecanismos partidistas, procedimientos administrativos y funciones legislativas están sometidos al control inmediato y directo de un líder carismático y a su cohorte de funcionarios mediadores, lo cierto es que tales características no podían predicarse válidamente del grupo significativo de ciudadanos "*Uribe Centro Democrático*", de un lado, porque claramente no se estaba en presencia de una organización cuasimilitar, pero además, porque las decisiones que correspondía adoptar al interior de tal colectividad no eran impuestas por parte de la persona que le daba su nombre, o al menos eso no aparece probado en el expediente, ni mucho menos fue un aspecto analizado en su momento por el demandado.

Para la Sala es claro que la finalidad de identificar al nuevo grupo significativo de ciudadanos con la persona de Alvaro Uribe Vélez, tenía como propósito diferenciarlo nítidamente del Partido Social de la Unidad Nacional, conocido popularmente como el "*Partido de la U*", justamente porque aquel fue liderado en su momento por el actual Senador.

Por ello, aunque en el caso concreto el grupo significativo de ciudadanos se formó en torno al pensamiento e ideología de una persona plenamente identificable, lo cierto es que aquellos ciudadanos se agruparon libremente para formar una organización política cuyo objetivo era conseguir la representación de dichos ideales en el Congreso de la República, organización que se sometió las reglas del umbral y que una vez en el órgano de representación popular está atada al sistema de bancadas y a todas las demás disposiciones aplicables a los partidos y movimientos políticos.

[...]

En síntesis, con base en los argumentos antes expuestos se puede afirmar que la protección del derecho a la igualdad no es argumento válido para negar el registro del nombre "*Uribe Centro Democrático*", toda vez que, el CNE no acreditó ni el desequilibrio que dicha inscripción comportaba para las elecciones, ni la ventaja que se hubiese generado para ese grupo significativo de ciudadanos.

Así las cosas, se corrobora que las resoluciones acusadas están viciadas de "*falsa motivación*" lo que habilita a la Sección para declarar su nulidad, lo cual se realizará en la parte resolutoria de esta providencia.

3. Reglas sobre el uso de nombres y/o imágenes de personas naturales en la denominación de organizaciones políticas.

[...]

Resulta de perogrullo que la libertad que pregona nuestro ordenamiento jurídico para escoger los nombres e imágenes que identificaran a los partidos y movimientos políticos, no es óbice para entender que cuando se pretenda el registro de un nombre o de una imagen de una persona natural como elementos diferenciadores de la organización política sea viable exigir ciertos "*requisitos*".

Lo anterior por la tensión que pueda surgir entre los derechos personalísimos de los ciudadanos y el derecho de propiedad que sobre la denominación y el logo nace para los partidos y movimientos políticos.

Y es que en efecto la identidad de una persona, conformada por su imagen, nombres, entre otros elementos, ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional como un bien personalísimo inherente la dignidad humana, razón por la cual tiene carácter de derecho fundamental.

(...)

- 3.1. En consecuencia, para descartar esa tensión, en aras a maximizar el derecho a conformar partidos y movimientos políticos sin limitación alguna pero sin ir en desmedro o afectación al derecho a la imagen de la cual gozan las personas, la Sala expondrá algunos lineamientos respecto al uso de nombres o imágenes de personas en la denominaciones de las organizaciones políticas:

Para que sea viable el registro de un nombre o imagen de una persona en la denominación y/o logo-símbolo de una organización política, será necesario que entre las directivas del movimiento o partido político o el comité promotor del grupo significativo de ciudadanos, según el caso, y la persona que prestará su identidad se suscriba un acuerdo en el que se estipulen los términos de uso bajo los cuales la organización política maneje el nombre o la imagen de la persona natural, lo anterior porque como se anotó solo el individuo tiene derecho a determinar que parte de su identidad puede ser difundida y cual no.

En dicho convenio se debe precisar con toda claridad, por cuanto tiempo se concede el derecho de uso sobre el nombre o imagen que será utilizada en la denominación de la organización política.

- 3.2. Al ser la imagen y el nombre un derecho fundamental es por naturaleza irrenunciable e intransferible, entonces cuando alguno de los elementos que conforman la identidad quieran incorporarse al nombre o logo-símbolo de un partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos no nace para la organización política un derecho de propiedad, sino un derecho de uso sobre la imagen y el nombre de la persona, el cual tendrá que ceñirse estrictamente al convenio de "términos de uso" descrito en el numeral anterior.

Y es que no puede nacer derecho de propiedad, toda vez que, como se anotó este atributo de la personalidad constituye un derecho personalísimo y de carácter fundamental, adicionalmente, se puede concluir que de una lectura armónica del orden jurídico, solo puede nacer derecho de propiedad cuando exista una creación inventiva, es decir, cuando el nombre y logo nazca de la creatividad de las personas que conforman la agrupación política.

Por supuesto, el derecho de uso implica tal y como lo estipula la Ley 130 de 1994 que dicha denominación y grafía "no podrán ser usados por ningún otro partido u organización política reconocida o no. La denominación de un partido o movimiento deberá distinguirse claramente de la de cualquier otro ya existente".

- 3.3. Otro de los presupuestos básicos para que sea viable registrar el nombre y/o imagen de una persona natural como denominación de un partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos es contar con la autorización expresa de aquel que prestará su nombre y/o imagen para representar a las anteriores personas jurídicas. El citado consentimiento debe ser explícito, inequívoco, libre de cualquier vicio (error- fuerza) y debe constar por escrito.

- 3.4. Como es necesario contar con el consentimiento manifiesto de la persona cuyo nombre y/o imagen será utilizada por la organización política, es evidente que no sería posible registrar ni el nombre ni la imagen de una persona fallecida.

Lo anterior se refuerza, si se tiene en cuenta que no es posible consentir que se utilice la trayectoria que una persona adelantó en vida para hacerlos compatibles con un programa político, y es por esta misma razón que tampoco los familiares de una persona que murió pueden avalar que el nombre o imagen del pariente fallecido sea utilizado en la denominación o en los símbolos de una organización política.

- 3.5. El consentimiento que una persona preste para que se utilice su nombre y/o imagen en la denominación de un partido o movimiento político no puede estar mediado de valor monetario o contraprestación alguna. Esto es así porque quien acepta que su nombre y/o imagen represente una colectividad lo hace porque está convencido de lo que promulga la organización política, es decir, debido a que coincide con los ideales y pensamientos que esa organización simboliza y no por razones económicas.
- 3.6. Solo las personas que de conformidad con el artículo 2° y 9° de la Ley 1475 de 2011 funjan como directivos, candidatos o simplemente militantes de partidos o movimientos políticos podrán prestar su nombre y/o imagen para que aquella se utilice como nombre o logo-símbolo de esas organizaciones.

Lo propio sucede, con los grupos significativos de ciudadanos en los cuales podrán prestar su nombre y/o imagen los candidatos que sean avalados por ese movimiento, las personas que integren el comité promotor o los miembros de aquel.

Finalmente, la Sala debe exhortar al Congreso para que, a través de la ley correspondiente, regule la materia en aras a superar el vacío normativo que en la actualidad se encuentra en lo que concierne al uso del nombre y/o imagen de una persona natural dentro de la denominación y/o logo-símbolo de un partido político."

FUENTES: Numeral 3°, artículo 40 de la Constitución Política; Convención Americana de Derechos Humanos; Ley 130 de 1994; Artículo 137 del CPACA; Ley 1475 de 2011; Sentencias C-011 de 1994, C-089 de 1994, C-456 de 1998, C-1168 de 2001, C-490 de 2011 y C-443 de 2011; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 31 de octubre de 2013, Rad.: 11001-03-28-000-2012-00040-00. C.P.: Alberto Yepes Barreiro; Eduardo García de Enterría, "Curso de Derecho Administrativo", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 443; Alexy Robert, "Principios Formales", Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 37, 2014, pág. 22.

DECISIÓN:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución N° 3443 de 2 de diciembre de 2013 "*por medio de la cual se decide la solicitud de registro del símbolo o emblema del grupo significativo de ciudadanos Uribe Centro Democrático*" y de la Resolución N° 0103 de enero de 2014 "*por la cual se decide el recurso de reposición contra la Resolución N° 3443 de diciembre de 2013 por medio de la cual se decide la solicitud de registro del símbolo o emblema del grupo significativo de ciudadanos Uribe Centro Democrático*" proferidas por el Consejo Nacional Electoral.

SEGUNDO: EXHORTAR al Congreso de la República para que regule la materia objeto de esta providencia.

TERCERO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"El actor (...) sostuvo, que el comité promotor del grupo significativo de ciudadanos autodenominado "*Uribe Centro Democrático*" el 18 de noviembre de 2013, presentó ante la Registraduría Nacional del Estado Civil –en adelante RNEC– un total de 625.700 firmas en respaldo a la lista de candidatos al Congreso de la República apoyada por dicho movimiento.

Adujo que de manera simultánea a la inscripción de los candidatos ante la RNEC, el comité promotor solicitó ante el Consejo Nacional Electoral –en adelante CNE– el registro del siguiente nombre y logo-símbolo:



Señaló que el CNE mediante Resolución N° 3443 de diciembre de 2013 negó el registro del nombre y logo-símbolo de ese grupo significativo de ciudadanos, aduciendo que no se podían registrar nombres, apellidos ni fotos de personas, porque los Actos Legislativos N° 01 de 2003 y N° 01 de 2009 impedían que los debates políticos se centraran exclusivamente en una persona.

Afirmó que frente a la decisión del CNE de no inscribir el nombre y logo del grupo "*Uribe Centro Democrático*", el comité promotor interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto en la Resolución N° 0103 de 10 de enero de 2014, acto que confirmó la resolución recurrida y que se notificó solo hasta el 22 de abril de 2014.

El accionante manifestó que pese a la argumentación esbozada por el CNE en los actos acusados, para la misma época, sí registró el nombre y logo-símbolo del grupo significativo de ciudadanos denominado "*Corporación Nelson Mandela*" quien inscribió un candidato por la circunscripción especial de afrodescendientes.

Sostuvo que debido a la negativa de inscribir el nombre, este grupo significativo de ciudadanos tuvo que modificar su denominación y logotipo así:



Indicó que el nombre "*Centro Democrático Mano Firme Corazón Grande*" con su respectivo símbolo, sí se registró por el CNE mediante Resolución N° 0195 de 17 de enero de 2014, razón por la cual el grupo significativos de ciudadanos que inicialmente se autodenominó "*Uribe Centro Democrático*" tuvo que participar en la contienda electoral con el nombre de "*Centro Democrático*", lo cual generó confusión en el electorado.

Finalmente, refirió que en las elecciones del 9 de marzo de 2014 el grupo significativo de ciudadanos "*Centro Democrático*" obtuvo entre 19 y 20 curules en el Senado."

"El ciudadano Pedro Felipe Gutiérrez interpuso demanda de simple nulidad contra la Resolución N° 3443 de diciembre de 2013 "*por medio de la cual se decide la solicitud de registro del símbolo o emblema del grupo significativo de ciudadanos Uribe Centro Democrático*" y contra la Resolución N° 0103 de 10 de enero de 2014 'por la cual se decide el recurso de reposición contra la Resolución N° 3443 de diciembre de 2013 por medio de la cual se decide la solicitud de registro del símbolo o emblema del grupo significativo de ciudadanos Uribe Centro Democrático'".

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad electoral	SALA O SECCIÓN: Sala Quinta	RADICADO: 11001-03-28-000-2015- 00029-00	FECHA: 26/05/16
PONENTE: Carlos Enrique Moreno Rubio		ACTOR: Gerardo Antonio Arias Molano	
DEMANDADO: "Acto de elección del señor Jorge Eliécer Laverde Vargas como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, contenido en el Acta N° 5 del 9 de septiembre de 2015".			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
----	--	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se rechazaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 270 del CPACA.

TEMA PRINCIPAL: Consecuencias de la declaratoria de nulidad del acto de elección por irregularidades en su expedición.

TEMA COMPLEMENTARIO: No se trataron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"En la demanda, el actor solicitó lo siguiente:

PRIMERA: Declarar que es NULO el acto de ELECCIÓN y POSESIÓN del señor Jorge Eliécer Laverde Vargas como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, contenido en el ACTA CINCO (05) fechada del nueve 9 de septiembre de 2015 cuya publicación aún no se ha realizado formalmente en la Gaceta del Congreso de la República, en razón de los aspectos que se narran en el capítulo de los HECHOS de esta demanda.

SEGUNDA: ORDENAR, como consecuencia de las DECLARACIONES anteriores, al Congreso de la República, que realice los actos necesarios para que la Comisión de Acreditación Documental del Congreso de la República y, concretamente, la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, convoque a una nueva elección para designar al SECRETARIO de esa Comisión dando cumplimiento estricto a la sentencia del Consejo de Estado proferida dentro del proceso Gerardo Antonio Arias Molano contra el Congreso de la República, Numerado con el 2014-125 acumulado con el 2014-28, fechada del 3 de agosto de 2015, con magistrado Ponente Doctor Alberto Yepes Barreira, es decir, bajo la connotación especial de incluir dentro de esta

para su selección y /o nombramiento, exclusivamente a las personas que se inscribieron observando las formalidades de ley y dentro del término de la CONVOCATORIA, esto es, "a partir del día 02 de julio de 2014 a las 8 a. m.", "hasta el día 04 de julio de 2014 a las 5 PM" y, en consecuencia, con exclusión de los inscritos con posterioridad, dentro de los cuales se encuentra el designado o seleccionado o nombrado Jorge Eliécer Laverde Vargas, tal como se establece en el cuerpo estructural de la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativo, del pre-citado Honorable Consejo de Estado.

[...]

Explicó que a partir de que se profirió la sentencia del Consejo de Estado, el Congreso de la República perdió la competencia para ordenar una nueva convocatoria. Destacó que la convocatoria inicial es un acto administrativo que tiene fuerza de ley suficiente para definir el desarrollo de la misma y por tanto constituye ley y el marco normativo que regla los requisitos y condiciones que deben observarse y cumplirse por parte tanto de los convocantes como de los participantes.

[...]

Precisó que en este caso se incurrió en la causal de nulidad del numeral 2 del artículo 137 del CPA-CA, porque se infringieron las normas en que debía fundarse la elección, al no tenerse en cuenta la sentencia que decidió sobre el asunto, y en consecuencia no se ajustó al debido proceso, por ausencia de las formalidades requeridas."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Si bien el artículo 288 del CPACA establece las consecuencias de las sentencias de nulidad electoral, no consagra las que se generen por la declaratoria de nulidad del acto por irregularidades en el trámite de su expedición, razón por la cual es necesario fijar las reglas correspondientes ante tal vacío normativo.

[...]

... con la finalidad de unificar criterio sobre las consecuencias que se pueden derivar de la declaratoria de nulidad del acto de elección por irregularidades en su expedición, cuando no se modulen los efectos, esta Sala precisará las posibles consecuencias:

Si la irregularidad no afecta todo el procedimiento de elección, y se puede establecer concretamente el momento a partir del cual se ocasionaron las irregularidades, podría, ante la falta de un pronunciamiento en la sentencia:

1. Retomarse el procedimiento justo en el momento antes de que se presentó la irregularidad, bajo el entendido de que se sabe con certeza que parte de la actuación no estuvo viciada.
2. Llevarse a cabo un nuevo procedimiento y una nueva convocatoria, siempre y cuando no se desconozcan derechos adquiridos. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que la lista de elegibles es inmodificable una vez ha sido publicada y está en firme, toda vez que los aspirantes que figuran en dicho listado no tienen una mera expectativa de ser nombrados sino que, en realidad, son titulares de derechos adquiridos, empero en aquellos casos en los cuales solo se ha adelantado la etapa de inscripción, no puede hablarse de derechos adquiridos, porque hasta ese momento solo se tiene una mera expectativa de participar y eventualmente de acceder al cargo al que se postula. Sobre el particular esta Corporación ha dicho:

*"En lo relativo a la supuesta vulneración del derecho al trabajo, se debe resaltar que la presentación del concurso de méritos **constituye una mera expectativa que sólo puede concretarse con la superación de todas las etapas del mismo**, por lo que no se puede hablar de la vulneración del derecho al trabajo sino de la presunta afectación de una aspiración de acceder a un empleo público. Distinto sería cuando la persona acreedora a un nombramiento en un cargo de carrera no es designada pese a integrar la lista de elegibles y haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso."* (Negrillas fuera del texto original)

(...)

En este contexto, esta Sala encuentra que no se desconoció la orden dada por esta Corporación al haberse adelantado una nueva convocatoria, puesto que es claro que en el fallo no se modularon los efectos de la declaratoria de nulidad, razón por la cual dicha Corporación podía bien continuar el proceso inicial en lo no afectado por la declaratoria de nulidad por haberse adelantado de manera regular, o abrir una nueva convocatoria, por no haber derechos adquiridos de los participantes, puesto que en la primera convocatoria, la parte regular del procedimiento que se agotó solo fue la de inscripción de los participantes".

FUENTES: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2015, Rad.: 2014-000128 (acumulado).

DECISIÓN:

"Primero: Deniérganse las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia."

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"...el Consejo de Estado decretó la nulidad del acto de elección del señor Jorge Eliécer Vargas Laverde contenida en el acta No. 02 de 5 de agosto de 2014 como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente, por la presencia de anomalías sustanciales en una parte del trámite, concretamente, por el acto de reapertura de los términos de la convocatoria.

Con base en lo anterior, señaló que no se anuló el trámite en su integridad, sino desde la reapertura, razón por la cual el procedimiento adelantado en la convocatoria inicial hasta ese momento quedó vigente, con las reglas allí establecidas.

Destacó que a pesar de lo anterior, mediante las resoluciones 22 y 26 de 2015, proferidas por la Mesa Directiva del Congreso de la República, se ordenó la realización de una nueva convocatoria, en la cual se inscribieron 15 aspirantes, y quedó elegido el señor Jorge Eliécer Laverde Vargas, quien fue postulado, nombrado y posesionado el 9 de septiembre de 2015.

Sostuvo que con lo anterior, se omitió el cumplimiento de la sentencia proferida por el Consejo de Estado - Sección Quinta, al imponerse el nombramiento del señor Jorge Laverde, el cual había sido declarado ilegal."

5. SEGUNDA INSTANCIA

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad electoral	SALA O SECCIÓN: Sala Quinta	RADICADO: 11001-03-28-000-2015-00051-00	FECHA: 07/06/16
PONENTE: Alberto Yepes Barreiro		ACTOR: Emiliano Arrieta Monterroza	
DEMANDADO: "Acto contenido en el formulario E-26 GOB del 6 de noviembre de 2015 a través del cual se declaró a la señora Oneida Rayeth Pinto Pérez como Gobernadora de La Guajira".			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se rechazaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Ley 617 de 2000; Ley 1475 de 2011 y artículo 270 del CPACA.

TEMA PRINCIPAL: Incompatibilidad para alcaldes y gobernadores: definición del extremo temporal inicial. Sentencia de nulidad electoral subjetiva: efectos anulatorios rigen hacia el futuro. Principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral.

TEMA COMPLEMENTARIO: Período: significado.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El ciudadano Emiliano Arrieta Monterroza interpuso demanda de nulidad electoral contra el acto contenido en el formulario E-26 GOB a través del cual se declaró electa a la señora **Oneida Rayeth Pinto Pérez** como Gobernadora de La Guajira.

Para el efecto presentó las siguientes pretensiones:

*"1.: Declarar la NULIDAD del acto administrativo contenido en el formulario E-26 expedido el 6 de noviembre de 2015 por los miembros de la comisión escrutadora departamental de la Guajira, a través de la cual se declaró elegida a la señora **Oneida Rayeth Pinto Pérez** identificada con la [...] gobernadora del Departamento de la Guajira para el período constitucional 2016-2019, avalada por el partido cambio radical.*

2. Como consecuencia y de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 288 del CPACA, decretar la cancelación de la respectiva credencial.

[...]

En la demanda se afirmó que la elección de la señora **Oneida Rayeth Pinto Pérez** se encuentra viciada de nulidad según la causal contemplada en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA habida cuenta que la demandada violó el régimen de inhabilidades, toda vez que, la renuncia al cargo de alcaldesa se presentó por fuera del término que al efecto establece el numeral 7° del artículo 38 y el artículo 39 de la Ley 617 de 2000 –incompatibilidad que se tornó en inhabilidad–. Explicó el ciudadano demandante, que la demandada, había sido elegida Alcaldesa del municipio de Albania (La Guajira), y esa circunstancia, a su juicio, conllevaba una prohibición –incompatibilidad que se tornó en inhabilidad– para inscribirse como candidata a cualquier cargo de elección popular –y dentro de estos al de gobernadora– durante el período para el cual fue elegida, y 24 meses más.

En efecto, a su juicio, los alcaldes no pueden mientras estén ejerciendo su cargo ni 24 meses después inscribirse como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular *"so pena de incurrir en la incompatibilidad que se torna en una inhabilidad si se actúa contrariando el texto del artículo 39 de la Ley 617 de 2000"*.

Por lo anterior para la parte actora el acto acusado fue proferido desconociendo los artículos 38 numeral 7° y 39 de la Ley 617 de 2000, por cuanto la gobernadora demandada no atendió al factor temporal de la prohibición en cuestión si se tenía en cuenta las fechas de renuncia al cargo de alcaldesa y la de su posterior inscripción como candidata a la gobernación, pues la dimisión se presentó 11 meses y 4 días antes de la inscripción y no 24 como lo establece la norma en comento.

Afirmó que el régimen de inhabilidades previsto en el numeral 7° del artículo 38 y el artículo 39 de la Ley 617 de 2000 no fue derogado por el parágrafo 3° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 ni por el condicionamiento expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 2011.

En este sentido aseguró que aunque la Corte afirmó que *"el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del parágrafo 3° no será superior al establecido para los Congresistas en el numeral 2° del artículo 179 de la constitución política"* también sostuvo de forma enfática que la prohibición contenida en el parágrafo 3° del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 no podía hacer desaparecer el régimen de inhabilidades previsto por la ley para los cargos de elección popular en las entidades territoriales.

Bajo este panorama y atendiendo a que, según su criterio, el lapso fijado por el legislador en el numeral 7° del artículo 38 sigue plenamente vigente, solicitó que se declare la nulidad de la elección, puesto que la inscripción de la demandada se realizó durante el periodo inhabilitante".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Recientemente, con absoluta claridad, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-625 de 2015 se pronunció, respecto del elemento temporal de la inhabilidad y precisó que su extremo temporal final evidentemente lo materializa la fecha de la inscripción y no de la elección.

(...)

Nótese, entonces, cómo la Corte Constitucional en sentencia SU-625 de 2015 **eliminó cualquier asomo de duda**, pues además de reconocer que la incompatibilidad contemplada en el numeral 7° del artículo 32 y 33 de la Ley 617 de 2000 se contabiliza ya no desde 24 meses sino desde 12 –aspecto que ya había sido aclarado desde la Sentencia SU-515 de 2013–, también explicó con contundencia y claridad que **esos 12 meses se computan hasta el día de la inscripción y no de la elección**.

Esta precisión es de suma importancia, ya que la Corte no solo mantuvo incólume la postura adoptada por la Sección Primera en la que se determinó que el extremo temporal final de la inhabilidad era el de la inscripción, sino que además **avaló** dicha tesis al sostener que la prohibición implicaba que *"quien hubiese ejercido como gobernador y se **inscriba** como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular dentro de los doce (12) meses siguientes a la cesación de sus funciones, incurre en causal de inhabilidad"*.

Por lo anterior, para la Sala Electoral del Consejo de Estado no cabe duda de que, **la prohibición contemplada de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 tiene como extremo temporal final la fecha de la nueva inscripción.**

La anterior conclusión, además, resulta del todo acertada ya que, si lo que contiene la norma en comento es una prohibición para inscribirse, aquella se vaciaría en su contenido y finalidad si su extremo temporal final se computase en relación con la elección y no con la inscripción, máxime cuando sólo la segunda depende de la voluntad del candidato.

(...)

El caso que ocupa la atención de la Sala se gobierna por la Ley 617 de 2000 (artículos 38.7 y 39) pero con las modificaciones introducidas por la Ley 1475 de 2011.

Con fundamento en aquellas normas, y en la jurisprudencia actualmente vigente de esta Sección se tiene que, los alcaldes no pueden, mientras ostenten tal calidad, ni 12 meses después, **inscribirse** como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular en la misma circunscripción electoral.

En los términos arriba descritos, el elemento temporal de la prohibición legal, que se estableció originalmente en 24 meses por el legislador del 2000, y que fuere reducido a 12 por el legislador estatutario de 2011, se delimita con fundamento en **dos extremos temporales distintos: uno inicial y otro final.**

En ese sentido, el numeral 7° del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, señala que el alcalde **no podrá inscribirse** como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular **mientras detente tal dignidad**. Y, en aplicación del artículo 39 -versión actual-, tampoco podría hacerlo dentro de **los 12 meses siguientes, en la respectiva circunscripción.**

De estos preceptos, tradicionalmente, se han derivado **dos extremos** a partir de los cuales se impone el análisis del caso concreto. **El primero** -extremo temporal inicial- se refiere al momento a partir del cual se dejó de detentar la calidad de alcalde, lo que ocurrió, en el caso que nos ocupa, con la renuncia al cargo por parte de la demandada. **El segundo** -extremo temporal final-, la fecha de la nueva inscripción del candidato ya que, ciertamente, lo que contiene la norma es una prohibición para inscribirse.

De esta manera, si entre un extremo temporal y otro, transcurrieron más de 12 meses, la nueva elección no estará afectada por el desconocimiento de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 en consonancia con la modificación de la Ley 1475 de 2011. Sin embargo, si el lapso es inferior, la nueva elección tendrá un vicio de legalidad ya que el candidato que resultó elegido está inmerso en una inhabilidad.

(...)

Para la Sala, en tratándose de nulidades electorales por vicios subjetivos –causales 5 y 8 del artículo 275 del CPACA–, los efectos anulatorios retroactivos no son compatibles con el ordenamiento jurídico, de forma que aceptar una ficción jurídica según la cual se genera inexistencia del acto con ocasión de su nulidad, crea una ruptura con la realidad material y jurídica, que resulta en contra del sistema democrático mismo.

De conformidad con lo anterior, y en atención al precedente expuesto por la Sala en Sentencia del 26 de mayo de 2016, corresponde al juez fijar los efectos de sus propias sentencias.

Ahora, habrá de entenderse que, al menos en materia electoral, la regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas, es que **aquellos serán hacia el futuro –ex nunc– en consideración a la teoría del acto jurídico que distingue entre la existencia, validez y eficacia, como escenarios distintos del acto –administrativo o electoral–; y en respeto a la “verdad material y cierta”, por encima de la mera ficción jurídica.**

Dicha regla podrá ser variada, caso a caso, por el juez electoral, dependiendo del vicio que afecte la elección y en atención a las consecuencias de la decisión en eventos en los que aquellas puedan afectar las instituciones y estabilidad democrática.

En este contexto, **los efectos anulatorios de esta sentencia serán hacia el futuro o ex nunc.** De conformidad con lo anterior, y para todos los efectos legales, se tiene que la demandada ostentó la calidad de gobernadora de La Guajira, desde su posesión en tal dignidad, y la mantendrá, hasta la ejecutoria de esta sentencia.

(...)

Así las cosas, ha de entenderse que el significado de la locución “período” que emplea el numeral 7° del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, tratándose del ejercicio de un cargo, **es el lapso o tiempo que ha definido el Constituyente o el legislador para la permanencia o ejercicio de aquel.** Es un ingrediente, si se quiere, de tipo normativo, pues ha sido el ordenamiento jurídico el que expresamente le ha dado alcance específico.

Es decir, se trata de un vocablo que tiene un contenido normativo concreto tratándose del ejercicio de cargos públicos, en tanto se relaciona con el espacio temporal en que el titular del mismo puede ejercer determinada dignidad o función. Desde esta perspectiva, debe aceptarse, sin ambages, que todo período lleva ínsita su determinación, en tanto este no puede ser indeterminado: es un lapso específico, que no puede dejarse librado a la voluntad o decisión del titular del cargo.

A la misma conclusión se llega de aplicar una interpretación gramatical. En efecto, si acudimos a los vocablos que empleó el legislador para la determinación de la prohibición, en donde la exégesis del numeral 7° del artículo 38 de la Ley 617 de 2000 nos puede ayudar a comprender la expresión “*período*” que se emplea en la construcción (sic) semántica de la disposición en análisis, no deja duda, veamos:

Según la primera y segunda acepción de esta voz, esta se ha de entender como el “1. *Tiempo que una cosa tarda en volver al estado o posición que tenía al principio*” y “2. *Espacio de tiempo que incluye la duración de una cosa*”.

Bajo esta interpretación normativa, en apoyo con la gramatical, una primera conclusión a la que puede arribar la Sala, es que el numeral 7° de los artículos 31 y 38 de la Ley 617 de 2000 solo puede entenderse así: **la prohibición** para el candidato electo consiste en presentarse a otro cargo de elección popular **durante el lapso** que el Constituyente definió para el ejercicio de dicha dignidad, es decir, por todo el **período** constitucional, y no solo por el término que material y efectivamente el cargo se ejerza, ello se impone del elemento normativo de la descripción típica de la prohibición (sic).

Entonces, quien ha sido electo y declarado alcalde o gobernador, tiene prohibido durante los 4 años que fijó la norma constitucional como **período** del jefe de la administración territorial –artículos 303 y 314 Superiores–, inscribirse a otro cargo de elección popular. Y, terminado dicho lapso, los artículos 32 y 39 de la misma normativa, imponen un tiempo adicional en el que la persona electa debe abstenerse de poner su nombre a consideración del electorado.

Ahora bien, incluso si se utilizan los otros métodos de interpretación tales como el sistemático o el finalístico, ellos nos conducirían a la misma conclusión: la prohibición en comento se extiende por todo **el período constitucional**, independientemente de que medie o no renuncia al cargo, como se demostrará a continuación.

(...)

Es importante señalar que el sistema democrático se funda, entre otros, en los principios de transparencia, igualdad y legitimidad institucional, que imponen desde la perspectiva de la función asignada al juez electoral su defensa.

(...)

Dentro de esta lógica, antes que la realización del derecho subjetivo a ser elegido, el juez de lo electoral está obligado, frente al ejercicio de la función electoral bien por parte del pueblo mediante el sufragio o de los diversos órganos estatales que tienen asignada dicha potestad, a hacer compatibles los principios en que se funda el Estado democrático con todo el sistema de principios y valores constitucionales, en donde su análisis no puede tener como fin último o único la prevalencia de los derechos del elegido, en los que, seguramente para lograr la pervivencia y eficacia del sistema democrático, estos pueden resultar limitados.

En ese orden de ideas, para la efectiva realización de la democracia, se requiere que, con fundamento en los parámetros constitucionales, el Estado y los individuos cumplan y observen sus presupuestos -entendidos como esos requisitos formales y materiales para el acceso a un cargo o función pública que la norma fundamental ha fijado-, razón por la que no es posible subordinar sus fundamentos a la realización exclusiva de los derechos fundamentales del elegido, pues estos solo se pueden satisfacer cuando previamente se han observado los supuestos para la realización de la democracia, entendida esta como principio y valor fundante del Estado colombiano. Por ello es que no puede perderse de vista que, el acto electoral antes que el derecho del elegido, es el derecho del elector y que, por ende, en esta materia el principio pro homine opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en *pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) o *pro sufragium* (electores).

(...)

Ha de entenderse, entonces, que, a partir de la elección, surge para quien resulta electo en un cargo uninominal, un compromiso de cumplir el mandato otorgado, en dos extremos claros: (i) el programa de gobierno que presentó para ser elegido; (ii) el tiempo o plazo estipulado por la norma constitucional o legal para el efecto.

Así, la renuncia a un cargo en donde ha mediado el querer popular, por ejemplo, para acceder a otras dignidades, implica, en sí mismo, la defraudación de ese mandato y, por tanto, ha de entenderse que la misma debe tener consecuencias como aquella según la cual, la renuncia no puede enervar la prohibición que contemplan los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000. El carácter democrático y pluralista del Estado colombiano, a partir del principio de soberanía popular, en los términos del preámbulo y el artículo 3 de la Carta, necesariamente **imponen al intérprete hacer pronunciamientos que tiendan a favorecer al cuerpo electoral antes que al elegido**, en tanto el mismo sistema democrático se funda en el respeto de esa voluntad popular, la que se ve frustrada cuando aquel, en uso del poder conferido, decide renunciar a su mandato, entre otras razones, para buscar el acceso a otras dignidades.

(...)

Así, no es que la Sala desconozca que el elegido puede renunciar en cualquier momento al mandato que le fue otorgado como también lo es que transcurrido un año del mismo aquel le puede ser revocado, -Ley 131 de 1994, modificada por la Ley 741 de 2002-. Solo que la dimisión no le da el derecho a acceder a otro cargo de elección popular hasta tanto no transcurra el período para el cual fue electo, pues el compromiso con los electores era la permanencia y la terminación efectiva del mismo.

(...)

En ese orden de ideas, el enfoque con el que se debe analizar la prohibición de inscribirse a otro cargo de elección popular durante el período para el cual se confirió el mandato no puede hacerse de cara exclusivamente de los derechos del elegido y su efectiva protección, sino que implica tener en cuenta el mandato otorgado y las razones de éste, para entender que la voluntad popular ahí expresada, impone restricciones como la de renunciar. Si esto sucede, el mismo sistema crea el mecanismo para su protección, como lo es la restricción al electo de presentarse a una nueva contienda electoral durante el período que no cumplió y el lapso adicional al efecto establecido.

(...)

Si bien es cierto el elegido tiene derecho a renunciar a un cargo que ha obtenido por mandato popular, ese mismo mandato, le impone que, mientras dure el período para el cual fue electo, no puede buscar el favor del electorado para acceder a otros de mayor jerarquía en la estructura estatal.

Por tanto, afirmar que se vulnera el derecho a la igualdad de quien renunció no es acertado, en tanto el parámetro de comparación no puede ser los derechos de los otros candidatos ni el alcalde o gobernador que decide terminar el período, pues, en el primer caso, quien aspira no fue investido del mandato popular y, en el segundo caso lo está cumpliendo.

(...)

Lo expuesto en precedencia, permite a la Sala señalar que el vocablo período, para efectos de determinar la prohibición que se consagra en los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, objeto

de análisis, debe ser entendida desde un única perspectiva: **la institucional u objetiva** en tanto el mandato otorgado implica que el mismo se ejerza durante el espacio temporal fijado en el ordenamiento constitucional, por cuanto hoy en día es elemento normativo de la descripción típica”.

FUENTES: Preámbulo y artículos 3 y 260 de la Constitución Política; numeral 7 del artículo 96 de la Ley 136 de 1994; artículo 5 de la Ley 177 de 1995; Actos Legislativos No. 1 de 2003 y 1 de 2009; artículos 275 y 288 del CPACA; Sentencias C-011 de 1994, C-194 de 1995, C-494 de 1996, C-448 de 1997, C-540 de 2001, C-259 de 2008 y SU-625 de 2015.

DECISIÓN:

“Primero: DECLARAR LA NULIDAD del acto acusado que contiene la elección de la señora Oneida Rayeth Pinto Pérez como Gobernadora de La Guajira para el periodo constitucional 2016-2019. Esta nulidad, por virtud del artículo 288 del CPACA, implica la cancelación de la respectiva credencial y, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, tendrá efectos ex nunc.

Segundo: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en los términos del artículo 270 del CPACA, en relación con: (i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, (ii) el alcance de la aplicación de los principios pro homine y pro electoratem en materia electoral y (iii) los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos. **ADVERTIR** a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación constituyen precedente y tendrán aplicación hacia futuro.”

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

“1. El día 30 de octubre de 2011 la señora Oneida Rayeth Pinto Pérez fue elegida como Alcaldesa del municipio de Albania (La Guajira) para el período 2012-2015.

2. El 21 de julio de 2014 la demandada presentó renuncia a la dignidad para la cual fue elegida.

3. El gobernador de La Guajira aceptó la dimisión presentada por la señora Pinto Pérez mediante Decreto 169 de 2014, de forma tal que la demandada ocupó el cargo de alcaldesa desde el 1º de enero de 2012 y hasta el 21 de julio de ese año.

4. El 15 de junio de 2015 la demandada se inscribió, con el aval del partido Cambio Radical, como candidata a la Gobernación de La Guajira para el período 2016-2019.

5. El 25 de octubre de 2015 en Colombia se llevó a cabo la jornada electoral para elegir a las autoridades locales.

6. El 6 de noviembre de 2015 se declaró la elección de la señora Pinto Pérez como Gobernadora de La Guajira para el período 2016-2019.”

(...)

“El ciudadano Emiliano Arrieta Monterroza interpuso demanda de nulidad electoral contra el acto contenido en el formulario E-26 GOB a través del cual se declaró electa a la señora Oneida Rayeth Pinto Pérez como Gobernadora de La Guajira.”

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado “SENTENCIA DE UNIFICACIÓN” de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad electoral	SALA O SECCIÓN: Sala Quinta	RADICADO: 11001-03-28-000-2016- 00044-00	FECHA: 07/12/16
PONENTE: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez		ACTOR: Luis Fernando Álvarez Ríos	
DEMANDADO: "Acto de elección del señor Julio César Gómez Salazar como Director General Encargado de la CARDER, para el período 2016-2019 (Acuerdo 003 del 14 de marzo de 2016)"			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se rechazaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 270 del CPACA.

TEMA PRINCIPAL: Auto que decreta medidas cautelares en materia de lo contencioso electoral: ejecutoria y obligatoriedad.

TEMA COMPLEMENTARIO: Ejecutoria de providencias.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El señor **Luis Fernando Álvarez Ríos**, en nombre propio, presentó demanda de nulidad electoral e incoó la siguiente pretensión:

"QUE SE DECLARE LA NULIDAD DE LA DESIGNACIÓN O NOMBRAMIENTO del Servidor Público Julio César Gómez Salazar como Director General encargado en la Corporación Autónoma Regional de Risaralda – Carder, funcionario del Nivel Directivo de la Corporación, mientras dura la ausencia del Titular del cargo, contenida en el Acuerdo número 003 del 14 de marzo de 2016 expedido por el Consejo Directivo de la Carder, **POR SER UN ACTO ADMINISTRATIVO INEXISTENTE**, dado que los Autos del tres (3) de marzo de 2016, suscritos por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, que admiten las Demandas de Nulidad Electoral y Decretan las Medidas Cautelar [sic] de suspensión de los efectos del Acuerdo de nombramiento 032 del 28 de octubre de 2015, por medio del cual se designa a Juan Manuel Álvarez Villegas, Director General de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda CARDER, para el Período Institucional 2016-2019, dentro de los procesos Radicados: 11001032800020150004500 y 11001032800020150003400, para la fecha de la Elección, incluso, hasta la fecha **NO SE ENCUENTRAN EJECUTORIADOS**".

(...)

El señor **Juan Manuel Álvarez Villegas**, en calidad de "**Director General (titular)**" de la CARDER, coadyuvó la demanda en similares términos que el actor, pero insistió en que a él no le fueron notificados en debida forma los autos con los cuales se dispuso la suspensión del acto de elección como Director de la Corporación. Al efecto, señaló que la normativa procesal del CPACA en materia de asuntos electorales señala la forma en que la notificación debió realizarse. Conforme a lo anterior, indicó que al no estar notificada la decisión jurisdiccional, entonces carecía de ejecutoria y, por ende, en virtud del derecho a la igualdad ante la ley, se debía ordenar su reintegro al cargo."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Ahora bien, como se advirtió, el actor entiende que las normas descritas fueron inobservadas porque no existía orden judicial debidamente ejecutoriada que ordenada la ejecución de las medidas cautelares, medida que solo podía ser ejecutada hasta tanto haya sido notificada en debida forma y se encuentre ejecutoriada. Como ello no ocurrió así, el Consejo Directivo no podía ejercer la facultad de nombrar al demandado como Director Encargado.

Este asunto, como bien lo advirtió el Ministerio Público en su intervención, fue resuelto por la Sala en el auto de 17 de junio de 2016, al momento de negar la solicitud de suspensión provisional de los efectos de acto. Al respecto, y con el objeto de sentar jurisprudencia en los términos del artículo 270 del CPACA, en materia de la ejecutoria de auto que decreta la medida cautelar y la obligatoriedad de cumplimiento de esa decisión judicial, se trae a colación el contenido de dicha decisión donde se dijo lo siguiente:

"(...)

El tema de fondo de la medida cautelar: La ejecutoria de auto que decreta la medida cautelar y la obligatoriedad de esa decisión judicial.

A lo largo del CPACA se menciona la firmeza y ejecutoria de las providencias sin que se cuente con dispositivo que fije el alcance o concepto exacto de la figura, así las cosas al tratarse de asunto referente a la suspensión provisional, es necesario remitirse a las normas propias de la medida cautelar, como el artículo 236 inciso último, de cuyo texto se evidencia la necesaria inmediatez en su aplicación. En efecto, en su literalidad, indica "*Las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno*", pues esa ejecución sin tardanza resulta compatible con la naturaleza ágil, pronta y eficaz del proceso electoral.

Pues bien, desde la teoría, la ejecutoria, como figura procesal, es entendida o asociada con la firmeza de la decisión del juez, que imposibilita su discusión mediante los medios de impugnación previstos en los distintos ordenamientos procesales.

Como se lee de las generalidades de las normas procesales, la ejecutoria, parte y depende, de varios factores, **el primero y más importante**, el de la notificación de la providencia; **el segundo, de si la providencia es impugnabile o no**, pues ambos factores marcan desde el punto del plazo o el término, en qué momento, por regla general, cobrará firmeza. Por ello, se dice que la providencia queda ejecutoriada, de inmediato cuando la providencia no requiere notificación, como en el caso de los autos de cúmplase; cuando requiriendo notificación, carece de recursos –al día siguiente de esta–, o teniéndolos fueron decididos por el juez o no presentados por el interesado.

Toda esa ritualidad conexas al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción, constituyen pilares fundamentales del proceso judicial y, permite aseverar que, por regla general, ninguna providencia judicial, surte efectos sin que esté ejecutoriada, precisamente, por la necesidad de que tenga alcance vinculante para los sujetos procesales, que se produce con ese engranaje entre: decisión judicial, notificación, medios de impugnación y firmeza –y si se sigue más allá con la cosa juzgada cuando de sentencias se trate y la ejecutabilidad–. De tal suerte que si esos estadios del proceso son inobservados, se está, potencialmente, frente a la violación de dichos derechos fundamentales.

Retomando el trámite procesal, mediante la lectura de las normas del C. G. P., se evidencian los siguientes parámetros: 1) **las providencias proferidas en audiencias**, quedan ejecutoriadas, 1.1) una vez notificadas si no son impugnables, 1.2) si siendo recurribles no se interponen los recursos, 1.3) si siendo recurribles, las impugnaciones fueron decididas y, 1.4) una vez resuelta la solicitud de aclaración o complementación, conforme al artículo 302 del C. G. P. pretranscrito. 2) **las providencias proferidas por fuera de audiencia**, quedan ejecutoriadas, 2.1) tres días después de notificadas cuando carecen de recursos; 2.2) tres días después de notificadas si siendo recurribles no se interpusieron los procedentes y 2.3) cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los recursos interpuestos.

Ahora bien, es del caso aclarar que la regla general de la ejecutoria de las providencias para observar su obligatoriedad y efectos vinculantes, se ve morigerada con excepciones puntuales y expresas de la ley, dependiendo de la inmediatez que requiera el trámite procesal, como en el caso, entre otros, de las medidas cautelares preventivas **o de urgencia o de apelación en efecto devolutivo** e incluso de los amparos tutelares.

Se plantea, por la parte opositora de la medida cautelar, que como las providencias al momento de elegir en encargo al demandado no habían cobrado firmeza, pues habían sido **recurridas en reposición**, ello permitía predicar su no exigibilidad o imperatividad.

En efecto, la realidad procesal del caso, da cuenta de que el recurso con el que se impugnaron ambas declaratorias de suspensión provisional de los efectos del acto de elección del Director General titular, fue el de **reposición**, en tanto se trata de un proceso de única instancia, cuyo conocimiento, como acontece con el que se estudia, es del resorte exclusivo del Consejo de Estado.

No obstante, dada la naturaleza y trasfondo que conlleva la decisión las medidas cautelares, no es viable abstraerse de la teleología del efecto devolutivo como figura procesal, para entender el alcance y el porqué del **cumplimiento inmediato** de la suspensión provisional y, que el CPACA, consideró adecuado para esta decisión que, antes con el C. C. A. se concedía en el efecto suspensivo. *Mutatis mutandi*, no podría afirmarse que como se está en vía de reposición, no se esté obligado al cumplimiento inmediato de la decisión cautelar, bajo el mero argumento de que el efecto devolutivo no es propio de la reposición, pues se sacrificaría el sentido y trascendencia que adquirieron las medidas cautelares, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En efecto, el artículo 243 del CPACA al pronunciarse sobre los autos apelables, realiza un listado, en el que incluye al decreto de la medida cautelar (num. 2º). En forma expresa, indica que la regla general de la concesión del recurso de alzada, es el efecto suspensivo, **excluyendo expresamente**, al numeral 2º para otorgarle el efecto devolutivo.

Tradicionalmente, el efecto devolutivo, concepto que se mantiene en el C. G. P. en el artículo 323, y que fue trasladado en forma textual del artículo 354 del derogado C. P. C. indica: *"En el efecto devolutivo, En este caso **no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso**"*.

Puede decirse entonces, sin hesitación alguna, que el cumplimiento y la exigibilidad de su ejecución, en el caso de la providencia que decreta la medida cautelar, son inmediatos y que no se suspenden con la interposición de recurso alguno. Más aún ni siquiera la formulación de la recusación impide la ejecución de las medidas.

Razón por la cual, conforme a la normativa procesal vista, una vez enterada de la decisión judicial de decreto de medida cautelar, la autoridad competente para darle curso en el presente caso, esto es, el Consejo Directivo, debía dar inmediato cumplimiento a ella. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, en el proceso 201500034, obra que el decreto de suspensión provisional de 3 de marzo de 2016, fue notificada el 9 de marzo de 2016. Mientras que en el proceso 201500045, la medida cautelar de 4 de marzo de 2016, fue notificada el 8 de marzo de 2016.

Lo cual se corrobora, con el contenido del Acuerdo 002 de 14 de marzo de 2016 expedido por el Consejo Directivo de la CARDER *"por medio del cual se acatan las Medidas Cautelares Decretadas de Suspensión Provisional de los Efectos del Acuerdo N° 032 del 28 de octubre de 2015", obrante a folios 34 a 36, en cuyos considerandos indica y reconoce la diligencia de notificación "G) Que las medidas cautelares proferidas por la Consejeras Ponentes del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta que decretan de [sic] Suspensión Provisional de los efectos del Acuerdo No. 032 del 28 de octubre de 2015 del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) y a que se hace alusión en el numeral anterior fueron, notificada al Consejo Directivo de la CARDER los días 8 y 9 de marzo de 2016..." (fl. 35).*

De tal suerte que conocido por la entidad a cargo, en este caso, el Consejo Directivo, el decreto de suspensión provisional, debía proceder a cumplir la decisión judicial, porque la interposición de *"cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada"*.

(...)

... es cierto que, como lo alegó el actor, la designación en encargo del demandado fue realizada sin que fuera resuelto el recurso de reposición contra las órdenes judiciales de suspensión provisional del acto de elección del Director General en propiedad **Juan Manuel Álvarez Villegas**, dictadas el 3 de marzo de 2016, dentro de los procesos de nulidad electoral 201500034 y 201500045. Pero también lo es que, corresponde a las autoridades dar cumplimiento a las órdenes proferidas por los jueces de la República. En este caso, de manera inmediata por parte del Consejo Directivo de la CARDER, pues se trataba de una disposición de naturaleza cautelar, que una vez conoció por la notificación, es acatable aunque existan pendientes recursos, pues, como se vio, los efectos en que estos se conceden así lo permiten.

(...)

Pues bien, sea lo primero indicar que, a juicio de la Sala el argumento de la parte actora parte de una imprecisión fáctica, la cual desde luego, impide que se pueda analizar su reproche en los términos que lo plantea. Esto, es consecuencia de olvidar la forma en que se da el cumplimiento

de las órdenes dictadas por el juez de lo electoral a propósito de una medida cautelar. Así las cosas, típicamente, de ser favorable la solicitud formulada por quien demanda, se habrá de ordenar la suspensión de los efectos del acto que ha elegido, nombrado o designado al demandado. Tal resolución judicial le es puesta en conocimiento a la autoridad que se encarga de realizar el nombramiento o declarar la elección, para que, administrativamente, disponga lo necesario, esto es, para que dentro del marco que le otorga la normativa vigente cumpla la orden de separar de su cargo a la persona.

Así las cosas, diferente es que, consecuencia del cumplimiento de la orden de suspensión de los efectos del acto de elección deba además suplirse la vacante, pues ello es, en sí, otro procedimiento administrativo que finaliza, como ocurrió en el caso concreto, con un acto con el cual se designa a una persona para que supla una vacante temporalmente. Advierte la Sala que podrá ocurrir en otros eventos que, dependiendo de la naturaleza misma de la entidad a la que pertenezca quien se vio afectado con la medida cautelar, la normativa establezca que existe suplencia, de manera que no sea necesario realizar nombramientos adicionales, como ocurre para el caso de los miembros de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales, donde en varios casos los elegidos cuentan con suplentes.

Significa lo dicho que, en cada caso, será la autoridad competente la que deba analizar, primero, qué hacer para acatar la orden judicial; y segundo, de ser necesario suplir la vacante, actuar conforme a la ley para que ello se materialice. Cabe señalar que para dicha autoridad es imperativo el cumplimiento de la orden dictada por el juez de lo electoral, pues negarse a ello genera las responsabilidades a que haya lugar.

En esa medida, acusar el acto demandado de ilegal porque se dictó con desconocimiento del derecho a la igualdad en la medida en que para el caso de un gobernador o una representante a la cámara no se ha dictado el acto con el cual se disponía el nombramiento de su reemplazo temporal, no permite a la Sala advertir en el caso concreto, que el hecho de que el Consejo Directivo de la CARDER encargara al demandado, signifique se le ha dado un trato discriminatorio al señor **Juan Manuel Álvarez Villegas**. Esto, además permite señalar que, en todo caso, el cumplimiento o incumplimiento de la ejecución no depende directamente del juez de lo electoral sino, como se vio, de la autoridad encargada legalmente de ello."

FUENTES: Inciso último del artículo 236 y artículo 243 del CPACA.

DECISIÓN:

"PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por el señor Luis Fernando Álvarez Ríos en contra del acto de elección del señor Julio César Gómez Salazar, como Director General Encargado de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER), contenido en el Acuerdo No. 003 de 14 de marzo de 2016.

SEGUNDO: ESTABLECER JURISPRUDENCIA UNIFICADA en los términos del artículo 170 del CPACA en relación con la ejecutoria, ejecutividad y cumplimiento del auto que decreta la medida cautelar en materia de lo contencioso electoral, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación CONSTITUYEN PRECEDENTE".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"Mediante Acuerdo número 032 de 28 de octubre de 2015, previa convocatoria pública, se eligió como Director General en propiedad de la CARDER, para el período 2016-2019, al señor Juan Manuel Álvarez Villegas.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, dentro de procesos incoados a través del medio de control de nulidad electoral, (expedientes con radicación 11001032800020150004500 y 11001032800020150003400) suspendió, por medio de autos de Sala de 3 marzo de 2016, los efectos de ese acto de designación.

El día 14 de marzo de 2016, el Presidente del Consejo Directivo de la CARDER invitó a los miembros de dicho Consejo a una reunión extraordinaria, para: i) presentarles los informes de las medidas cautelares de suspensión provisional de los efectos del Acuerdo 32 de 28 de octubre de 2015; y, ii) presentar y que se sometiera a aprobación tanto el proyecto de Acuerdo *"por medio del cual se acata la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del Acuerdo N° 023 del 28 de octubre de 2015"* como el proyecto de Acuerdo, por medio del cual se designa como Director General Encargado al señor Julio César Gómez Salazar".

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad electoral	SALA O SECCIÓN: Sala Quinta	RADICADO: 25000-23-4100-000- 2015-02491-01	FECHA: 26/09/2017
PONENTE: Rocío Araújo Oñate		ACTOR: SINTRAEMSEDES, Juan Diego Arturo Canizales Hernández y Any Katherine Álvarez Castillo	
DEMANDADO: "Acto de declaratoria de elección de Nelson Castro Rodríguez - Concejal de Bogotá 2016 -2019".			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
X		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
----	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se rechazaron las pretensiones de la demanda.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

TEMA PRINCIPAL: Deber de jueces y tribunales de resolver todas las causales de invalidez que la parte actora incluya en las demandas de nulidad electoral.

TEMA COMPLEMENTARIO: Saneamiento procesal. Causales de pérdida de competencia: deben ser expresas en el ordenamiento jurídico. Inelegibilidad, inhabilidad y nulidad de una elección: causales restrictivas.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El apoderado del demandado, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que la misma fuera revocada, bajo la siguiente línea argumentativa:

- **Falta de integración del litisconsorcio necesario:**

Alegó que, desde la contestación de la demanda expuso que era necesaria la vinculación del partido Polo Democrático Alternativo, así como del Consejo Nacional Electoral, dado el interés que les asiste en los resultados del proceso.

Indicó que dicha situación se expuso como una excepción previa, que fue despachada negativamente, por lo que el proceso está viciado de nulidad que debe ser declarada en segunda instancia.

- **Incompetencia funcional del magistrado ponente en primera instancia**

Alegó que, de conformidad con el artículo 264 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuenta con un año para la decidir las acciones de nulidad electoral. De otro lado, puso de presente que según el artículo 121 del Código General del Proceso, vencido el término para dictarse el correspondiente fallo, se tiene como consecuencia la pérdida de competencia del funcionario judicial para conocer del proceso.

En el caso concreto, la demanda se admitió el 28 de enero del 2016 y la sentencia se dictó el 15 de junio del 2017, es claro que el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca perdió su competencia funcional respecto del conocimiento del proceso, lo que implica que la actuación posterior a la fecha en que se cumplió el año para fallar el proceso, son nulas de pleno derecho, lo que abarca claramente la sentencia apelada.

- **La sentencia efectuó una interpretación amplia y no restringida de la prohibición contenida en los incisos 2° y 3° del artículo 127 constitucional, desconociendo los criterios de interpretación restrictiva, literal y taxativa de las prohibiciones**

Sobre el particular, indicó que de la redacción de la norma constitucional que fundamentó la declaratoria de nulidad en la sentencia de primera instancia, se entiende que la misma hace referencia a los empleados públicos, sin que el constituyente hubiera incluido a los trabajadores oficiales, categoría a la que pertenecía el demandado.

Así las cosas, entendió que al no haberse incluido en forma expresa a los trabajadores oficiales en la citada prohibición, se entiende que ellos están habilitados para participar en política, sin importar la existencia o no de una ley estatutaria.

Al respecto, indicó que la Corte Constitucional, en la sentencia C-794 de 2014, indicó que *"... la prohibición de participar en el debate político es, para quien detenta la calidad de funcionario público, como para quien ejerce la función pública que atribuya autoridad, una condición necesaria de la neutralidad en el desempeño de las funciones"*.

Finalmente, resaltó que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha entendido que la interpretación de las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, debe ser restringida y literal, en tanto limitan el ejercicio de derechos fundamentales dispuestos en la Constitución Política.

- **La sentencia apelada desconoció el precedente vertical de las Secciones Quinta y Primera del Consejo de Estado, sobre el entendimiento de la prohibición contenida en el inciso 3° del artículo 127 de la Constitución**

Sobre ello, indicó que en fallo del 14 de mayo de 2015, con radicación 2014-00734-01, la Sección Quinta del Consejo de Estado determinó que la falta de acción legislativa respecto de la emisión de la correspondiente ley estatutaria, no permitía concluir que la posibilidad de participación en política de servidores públicos estaba restringida, siendo claro que ello, hasta tanto se dicte dicha norma, está limitado únicamente en los parámetros que la propia Carta Política prevea.

De otro lado, alegó que la Sección Primera, en fallo del 17 de noviembre del 2016 [Rad. 44001-23-33-002-2016-00114-01 (PI)], consideró que solamente los servidores incluidos en el texto de la prohibición, tienen restringida su posibilidad de participación en actos proselitistas.

- **La sentencia apelada no armonizó las normas internas con los compromisos internacionales sobre derechos humanos**

La interpretación de prohibición absoluta para participar en actividades o controversias políticas en los términos expuestos por el Tribunal de primera instancia, implica una restricción desproporcionada al derecho fundamental consagrado en el artículo 40 de la Constitución (derecho a elegir y ser elegido), lo que significa que se desconoció la obligación derivada del artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, relacionada con el deber de respetar y garantizar la eficacia de las garantías allí reconocidas, así como la de adoptar disposiciones del derecho interno que permita la concreción de los derechos humanos, dentro los cuales se encuentran los derechos políticos.

Trajo también a colación normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, alegando que las restricciones a derechos humanos deben ser expresas en el ordenamiento jurídico interno, lo que en Colombia se cumplió en el artículo 127 constitucional solamente respecto de los funcionarios de la Rama Judicial y de los órganos de control, electorales y de seguridad.

- **La sentencia de primera instancia desconoció el parámetro de interpretación pro homine**

Respecto al fundamento del fallo dictado por el tribunal *a quo*, indicó que el mismo desconoció la interpretación más favorable a efectos de garantizar el contenido del derecho fundamental a elegir y ser elegido, siendo esta la que indica que ante la falta de regulación estatutaria, se debe entender que los demás empleados del Estado –no incluidos en el inciso 2° del artículo 127 Superior– están habilitados para la participación en actividades y controversias de tipo proselitista.

- **El fallo apelado aplicó una línea jurisprudencial indicativa, contenida en sentencia C-794 del 2014, que hace referencia a la aplicación de la falta disciplinaria contenida en el numeral 39 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, sin que sea vinculante respecto de la causal de nulidad electoral del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011**

Sobre este punto indicó que, en la sentencia de constitucionalidad aplicada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se realizó el estudio del contenido de la falta gravísima fijada en el artículo 48 de la Ley 734 del 2002, relacionada con utilizar el cargo para participar en actividades de partidos y movimientos políticos y en controversias políticas.

Al respecto, señaló que si bien allí se hizo referencia al artículo 127 constitucional, ello correspondió a una perspectiva orientadora e histórica, lo que implica que las mismas se llevaron a cabo en la motivación general de la decisión, por lo que puede denominarse como jurisprudencia indicativa, no vinculante para el fallador de instancia, dado que allí el problema jurídico se centró en la determinación de constitucionalidad de la norma demandada, y no en la causal de nulidad contenida en el numeral 5° del artículo 275 de la Ley 1437 del 2011.

De esta manera, precisó que de la razón de decisión no puede desprenderse la regla fijada por el juez administrativo *a quo*, en el sentido de señalar que la falta de una ley estatutaria implica la prohibición general de participación en política respecto de los funcionarios públicos no incluidos en el inciso 2° del artículo 127 constitucional."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"... teniendo en cuenta que en esta oportunidad la indebida integración del contradictorio se propone como nulidad procesal, la Sala destaca que en los procesos que se tramitan por la ritualidad prevista en la Ley 1437 de 2011, terminada una etapa procesal, en este caso la de resolución de las excepciones previas y mixtas en la audiencia inicial, el procedimiento queda saneado, de tal manera que no es posible invocar nulidades con fundamento en situaciones acaecidas con anterioridad o reiterar excepciones o mecanismos defensivos sobre los cuales se hubiera pronunciado el juzgador en las oportunidades preclusivas cuyo saneamiento se haya producido. Este diseño procesal constituye una materialización de los principios de eficiencia, tutela judicial efectiva, congruencia y economía procesal, de tal manera que se torna imperativo para el Juez que en las etapas iniciales del proceso verifique que todos los elementos jurídicos de la *litis* estén presentes, reexaminando la relación jurídico procesal, para comprobar entre otras cosas, la concurrencia de los presupuestos procesales de la acción y la debida integración del contradictorio.

En ese orden, el principio del saneamiento procesal tiene como propósito, que al momento de dictarse sentencia no sea posible proferir un fallo inhibitorio por aspectos formales o procesales como una inadecuada escogencia del medio de control o una indebida integración del contradictorio.

(...)

... si bien es cierto que el parágrafo del artículo 264 Constitucional establece que la jurisdicción contencioso administrativa resolverá los procesos de nulidad electoral en el término de un año, lo cierto es que no fijó una consecuencia jurídica para aquellos procesos que no sean resueltos en ese plazo y menos aun la que pretende conferirle el recurrente que es la pérdida de competencia del juez que adelanta la actuación.

(...)

Cabe destacar que las causales de pérdida de competencia del juez deben aparecer expresas en el ordenamiento, sin que se encuentre previsto por el constituyente o por el legislador esta situación en los casos en que el juez electoral deje vencer el término para fallar ni la nulidad derivada de la falta de competencia, luego no es posible darle el alcance que pretende el recurrente.

Por su parte, el artículo 121 del Código General del Proceso al que igualmente acude la parte demandante para sustentar esta alegación no es aplicable al procedimiento contencioso administrativo por consagrar esta norma especial sobre la materia, de tal manera que no existe un vacío normativo que permita acudir por integración normativa al referido estatuto procesal.

(...)

... no es posible olvidar que las causales de inelegibilidad, inhabilidad y nulidad de una elección son restrictivas, de tal forma que no es posible la analogía ni hacer interpretaciones extensivas de las mismas.

Cabe recordar, como lo hizo la Sala en el antecedente que se citó en precedencia que el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 permite que los servidores públicos puedan ser elegidos concejales, excepto quienes como tales ejerzan jurisdicción administrativa, civil, política o militar o quienes hayan intervenido como ordenadores del gasto en la ejecución de recursos o celebración de contratos que deban ejecutarse en el respectivo municipio.

Les asiste, en consecuencia, razón a la parte demandada y al representante del Ministerio Público ante esta Sección al afirmar que en el caso concreto la condición de trabajador oficial del demandado no se erige en causal de inelegibilidad o inhabilidad que impacte en la validez del acto electoral, a la luz de las disposiciones analizadas, lo cual torna imperativo revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negar las pretensiones de las demandas acumuladas. [...]

4.5. Jurisprudencia anunciada

Corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado, en uso de sus atribuciones legales como sala de cierre en materia electoral, efectuar unificación de jurisprudencia, a manera de jurisprudencia anunciada, que, por tal virtud, tendrá aplicación sólo a futuro y no para el caso concreto, en el sentido de consagrar la regla consistente en el deber de los jueces y tribunales de resolver todas las causales de invalidez que la parte actora incluya en las demandas de nulidad electoral. Lo anterior, con independencia de que el primer cargo que se analice resulte suficiente –a juicio del juez de primera instancia– para decretar la nulidad del acto electoral, en consideración a que, en el *sub examine* el *a quo* no se pronunció en la sentencia que puso fin a la instancia sobre todos los cargos planteados en las demandas acumuladas, impidiendo que, en virtud del principio de limitación del *ad quem*, esta Sección lo pudiera hacer.

Esta decisión se adopta para garantizar en todos los casos el principio de congruencia, consagrado en los artículos 55 de la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia– y 280 y 281 del Código General del Proceso, en virtud de los cuales las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales y comprender todos los extremos de la *litis*.

En cuanto al Consejo de Estado, es necesario precisar que actúa como corporación de cierre de las acciones de nulidad electoral y en esa medida no existe un superior funcional que quede limitado en los términos previstos en el artículo 328 del Código General del Proceso, siendo esta la razón por la cual la regla de decisión se dirige a quienes tienen a su cargo la resolución de las primeras instancias en sede del medio de control referido.

Constituye igualmente garantía de los principios de transparencia, de acceso a la administración de justicia, doble instancia y tutela judicial efectiva, en cuanto las partes e intervinientes en el proceso deben ver debidamente motivadas y resueltas todas las situaciones que plantean y todos las causales de nulidad que invocan”.

FUENTES: Artículo 264 de la Constitución Política; artículo 55 de la Ley 270 de 1996; Ley 1437 de 2011 y artículos 280 y 281 del Código General del Proceso.

DECISIÓN:

“PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 15 de junio de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección “B” que accedió a las pretensiones de las demandas acumuladas para, en su lugar, negarlas, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: EXHORTAR al Congreso de la República para que expida la ley estatutaria a que se refiere el inciso 3.o del artículo 127 de la Constitución, según la consideración consignada en la presente providencia.

TERCERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en los términos del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido de consagrar hacia el futuro la regla consistente en el deber de los jueces y tribunales,

en primera instancia, de resolver todas las causales de invalidez que la parte actora incluya en las demandas de nulidad electoral. ADVERTIR a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación constituyen precedente y tendrán aplicación hacia futuro”.

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

- El señor Nelson Castro Rodríguez celebró el 18 de julio de 1989 contrato de trabajo a término indefinido con la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá EAA – ESP, entidad en la que se desempeñaba como profesional especializado de la División Operativa Comercial Z3, el cual estuvo vigente hasta el mes de diciembre de 2015.
- Encontrándose vigente el contrato de trabajo, mediante escrito radicado el 17 de julio de 2015, el señor Castro Rodríguez le solicitó a la Gerente Corporativa de Gestión Humana de la EAAB una licencia no remunerada a partir del 24 de julio de 2015 hasta el 9 de noviembre de la misma anualidad, en relación con la cual solicitó prórroga.
- En respuesta a la referida solicitud, la Gerente Corporativa de Gestión Humana y la Directora de Mejoramiento de Calidad de Vida de la entidad descentralizada le remitieron al peticionario el memorando interno número 1410001-2015-3704 del 21 de octubre de 2015, comunicándole que *“... conforme a lo establecido en el numeral cuarto (4°) del artículo 2.2.30.6.6. del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015 ‘Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario del Sector de la Función Pública’ y en concordancia con la cláusula décima tercera del contrato individual de trabajo se accede a su petición y la suspensión del contrato de trabajo como consecuencia de la licencia no remunerada estará vigente hasta día 9 de noviembre de 2015”* (sic).

La licencia fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2015, fecha en que se terminó el vínculo contractual laboral.

- El demandado se desempeñaba igualmente como Presidente del sindicato de trabajadores denominado SINTRASERPUCOL y, en esa calidad, depositó denuncia de la convención colectiva de trabajo ante el Ministerio del Trabajo el 5 de enero de 2015, con lo cual se dio inicio a la negociación del pliego de peticiones, la que se extendió hasta el 26 de octubre de 2015, fecha en que se suscribió la convención colectiva de trabajo.
- El sindicato de trabajadores recibió de la EAAB la suma de \$75.000.000 para gastos de negociación de la convención colectiva, los cuales fueron consignados en la cuenta del sindicato, según certificaciones obrantes a folios 52 y 53 del expediente.
- El 24 de julio de 2015 el demandado se inscribió ante la Registraduría Nacional del Estado Civil de Bogotá como candidato al Concejo del Distrito Capital, avalado por el partido Polo Democrático Alternativo, para los comicios que se llevaron a cabo el 25 de octubre de la citada anualidad.
- Los Delegados del Consejo Nacional Electoral que integraron la Comisión Escrutadora General expedieron el acto administrativo de elección, contenido en el Formulario E-26 CO del 12 de noviembre de 2015, por medio del cual declararon electo como concejal al señor Nelson Castro Rodríguez, para el período 2016-2019, como consecuencia de lo cual le hicieron entrega de la respectiva credencial.

(...)

1.1. Proceso Radicado No. 2015-02491

La señora Any Katherine Álvarez Castillo, en nombre propio, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral contra el acto de declaratoria de elección de Nelson Castro Rodríguez, como Concejal de Bogotá Distrito Capital, para el período 2016-2019.

(...)

1.2. Proceso radicado No. 2015-02342

El 18 de noviembre de 2015, el señor Juan Diego Canizalez Hernández, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral contra el acto de elección de Nelson Castro Rodríguez, como Concejal de Bogotá - Distrito Capital, para el período 2016-2019, expedido el 12 de noviembre de 2015.

(...)

1.3. Proceso radicado 2015-02753

El señor Martín R. Quijano Arias, obrando en calidad de representante legal del Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territoriales de Colombia "SINTRAEMSDS SUBDIRECTIVA BOGOTÁ", el 16 de diciembre de 2015, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la elección del señor Nelson Castro Rodríguez como concejal de Bogotá D.C., por el partido Polo Democrático Alternativo.

(...)

Mediante auto del 3 de junio de 2016, se decretó la acumulación de los procesos radicados con los números 2015-02753 y 2015-02342 al expediente No. 2015-02491."

Los actores alegaron que el señor Nelson Castro Rodríguez se encontraba inhabilitado para ser concejal, por cuanto tenía la calidad de trabajador oficial de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá (EAAB) para las fechas de inscripción y de elección; además, en su calidad de Presidente de SINTRASERPUCOL intervino en la gestión de negocios ante la EAAB, entre otras.

DECISIÓN: "En fallo del 15 de junio del 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", accedió a las pretensiones de las demandas acumuladas y, en consecuencia, declaró la nulidad parcial del acto electoral contenido en el formulario E-26 CON de la ciudad de Bogotá, expedido el 12 de noviembre del 2015, respecto de la elección del señor Nelson Castro Rodríguez como concejal por el partido político Polo Democrático Alternativo para el período 2016-2019."

5. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

SENTENCIA: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

DECISIÓN: Corresponde a la mencionada en el acápite denominado "SENTENCIA DE UNIFICACIÓN" de la presente ficha.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sección Segunda	RADICADO: 110010327000 20140040300(1287-14)	FECHA: 7/12/2017
PONENTE: Rafael Francisco Suárez Vargas		ACTOR: Henry Rodríguez López y otros	
DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección (UGPP)			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X
----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: Inclusión de la prima de riesgo como factor salarial

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículos 102, 269 y 271 del CPACA.

TEMA PRINCIPAL: Inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

TEMA COMPLEMENTARIOS: No se refirieron.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN QUE SE SOLICITA EXTENDER: Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad.: 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-2011), del 1° de agosto de 2013.

3. SENTENCIA QUE RESUELVE LA SOLICITUD DE EXTENSIÓN

FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD:

"En cumplimiento de las disposiciones que regulan el trámite de extensión de la jurisprudencia, le solicitaron a la UGPP la extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 1° de agosto de 2013, entidad que emitió respuesta desfavorable en todos los casos, por considerar que se presentaba el fenómeno de la cosa juzgada respecto a la prima de riesgo".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"La sentencia cuya extensión de sus efectos pretenden las partes se centró en determinar si el demandante tenía derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación que venía percibiendo con la inclusión de la totalidad de los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de su retiro del servicio, teniendo en cuenta el régimen pensional especial previsto en favor de los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

(...)

Es esa oportunidad, los hechos de la demanda estuvieron relacionados con que el actor prestó sus servicios para el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), por más de 27 de años; así mismo que el último cargo que desempeñó fue el de subdirector de la Seccional Guajira hasta el 15 de octubre de 2003 y que el status pensional lo adquirió el 19 de enero de 1996, luego de haber cumplido con el tiempo de servicio como único requisito exigido por el régimen especial creado por el Decreto Ley 1047 de 1978.

También se indicó en la demanda que el actor, posteriormente al reconocimiento de su pensión, solicitó ante la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) (hoy UGPP), la reliquidación de su mesada pensional, frente a la cual la entidad accedió a reajustarla teniendo en cuanto lo percibido durante su último año de servicios, pero no incluyó como factores salariales, entre otros, a la prima de riesgo.

Luego de hacer un estudio minucioso acerca del régimen especial deprecado, esta Corporación accedió a las pretensiones de la demanda y unificó la jurisprudencia en cuanto a que la prima de riesgo percibida por los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) sí debe ser tomada en cuenta como factor salarial en el ingreso base de liquidación pensional, siempre y cuando la hayan devengado durante el último año de servicios. Lo anterior, en razón a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, y por ello se dispuso que todas las sumas habituales y permanentes que perciba el trabajador deben ser tenidas en cuenta para tal fin. Al respecto la sentencia en mención precisó:

Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.

Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana, esto se confirma al evidenciar que las mismas disposiciones que prevén la prima de riesgo a favor del personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, le confieren un carácter periódico y permanente.

[...]

Así las cosas, **y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo**, concluye la Sala, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tomada en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). (Subrayas fuera del texto).

A pesar de lo anterior, si bien se unificó el tema de la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para efectos de la liquidación pensional, esta situación no es suficiente para proceder a la extensión de la mentada sentencia a todos los ex servidores públicos del DAS, puesto que se estudiaron otros elementos que deberán ser tenidos en cuenta para determinar la identidad fáctica y jurídica de los procesos que hoy nos convocan.

Siguiendo con el análisis de la sentencia a extender, en la solución del caso concreto, la Sala estudió el régimen de transición aplicable a los servidores de la entidad demandada, bien sea por disposición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o del artículo 4.º del Decreto 1835 de 1994, normas que permiten inferir que de acuerdo con el artículo 2.º *ibidem*, los detectives

en sus distintos grados, especializado profesional y agente, que hayan sido vinculados con anterioridad a la vigencia de estas «no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o de jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993».

Así las cosas, para los casos que hoy nos convocan, se tendrán como elementos de identidad fáctica y jurídica para la extensión de la sentencia estudiada, los que a continuación se relacionan: **i)** haber sido vinculado al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) con anterioridad a la vigencia del Decreto 1835 de 1994 y/o estar cobijados por el régimen de transición descrito en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; **ii)** haber ejercido los cargos cuyas actividades se consideraran de alto riesgo, tales como detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente conforme al artículo 2.º del Decreto 1835 de 1994; **iii)** como consecuencia de lo anterior, deben estar pensionados bajo el régimen especial consagrado en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989; y por último, **iv)** haber percibido durante el último año de servicios la prima de riesgo.

[...]

"Así las cosas, respecto de los casos en que se extenderá los efectos de la sentencia de unificación, hay que tener claro que a estos les aplica el fenómeno de la prescripción trienal de las mesadas devengadas con anterioridad a la fecha en que radicaron la solicitud de extensión de la jurisprudencia ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)".

FUENTES: Decreto 1933 de 1989; Decreto 132 de 1984; Decreto 1047 de 1978; Decreto 1137 de 1994; Ley 33 de 1985.

DECISIÓN:

"PRIMERO. NEGAR la extensión de la jurisprudencia deprecada por los señores Julio Cesar Moreno Ladino; Aura Cecilia Arciniegas de Guevara; Eriberto Cárdenas Garzón y Germán Peñuela por no encontrarse acreditada la identidad fáctica y jurídica requerida para su aplicación.

SEGUNDO: EXTENDER los efectos de la sentencia de unificación del 1º de agosto de 2013, proferida por el Consejo de Estado bajo en número de radicado 440012331000200800150 01 (0070-2011), a los señores Henry Rodríguez López; Hernando Galeano Guío; Rosa Barbosa Leal; Paulino Hernández Cordero; Fabio López Mahecha; María Teresa Salamanca Jaramillo; Luis Alberto Suárez Hernández y Álvaro Gaitán Sánchez".

4. HECHOS QUE SUSTENTAN LA SOLICITUD DE EXTENSIÓN

HECHOS: "Los convocantes señalaron como hechos los que a continuación se relacionan:

- 1.1. Laboraron para el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), por más de 20 años, salvo en el caso del señor Eriberto Cárdenas Garzón quien laboró para el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).
- 1.1.2. La Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal EICE) les reconoció pensión de jubilación sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, de conformidad con lo establecido en el régimen especial previsto para los servidores del DAS.

1.1.3. Debido a lo anterior, Interpusieron demandas de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de obtener la reliquidación de sus pensiones con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, las cuales, culminaron con sentencias definitivas que accedieron parcialmente a sus pretensiones puesto que ordenaron incluir varios factores salariales excepto la prima de riesgo”.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sección Segunda - Subsección A	RADICADO: 11001-03-25-000-2013-00406-00 (0865-2013)	FECHA: 01/12/16
PONENTE: Gabriel Valbuena Hernández		ACTOR: José Reyes Caro Umaña	
DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X
----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: Reliquidación de la pensión de jubilación, incluyendo la asignación básica, la bonificación por servicios, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de antigüedad.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Ley 33 de 1985; Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

TEMA PRINCIPAL: Reliquidación de la pensión de jubilación. Inclusión de factores de liquidación.

TEMA COMPLEMENTARIOS: Factores que integran la base de liquidación de la pensión de jubilación; prescripción de prestaciones sociales; cosa juzgada.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN QUE SE SOLICITA EXTENDER: Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009), del 4 de agosto de 2010.

3. SENTENCIA QUE RESUELVE LA SOLICITUD DE EXTENSIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD:

Primera. Se declare que el actor tiene pleno derecho, conforme al artículo 102 del C. C. A. a que se le apliquen por extensión los efectos de la sentencia de unificación del cuatro (04) de agosto de dos mil diez (2.010), Sección Segunda, Expediente No. 2006-07509, M. P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO, Demandante Luis Mario Velandia contra la Caja Nacional de Previsión Social EICE - en liquidación, **mediante la cual se ordenó el reconocimiento, reliquidación y pago de los factores salariales devengados en el último año de servicios.**

Segunda. Como consecuencia de lo anterior, se condene a Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), a pagar a el actor una pensión Mensual Vitalicia de jubilación, efectiva a partir del **1º de agosto de 1993**, equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, 1º de agosto de 1992 al 31 de julio 1993, teniendo en cuenta para efectos de la cuantía definitiva, los siguientes factores salariales: **Subsidio de Alimentación, Auxilio de Transporte, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones y Prima de Servicios**, además de aquellos que se tuvieron en cuenta en la Resoluciones de reconocimiento.

Igualmente solicita que se condene a la demandada al pago de la diferencia entre lo cancelado y lo reclamado en la pretensión anterior, indexados estos valores y a los intereses moratorios y condena en costas."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Para el caso de las pensiones, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha expresado que el efecto de cosa juzgada es relativo, como quiera que la decisión tomada por funcionario judicial sobre el punto producirá sus efectos en cuanto a las mesadas objeto de la decisión más no sobre mesadas diferentes a aquellas; en otras palabras, la decisión judicial carece de fuerza vinculante para las mesadas que se causen con posterioridad a dicha providencia Así la expresó esta Corporación:

"De conformidad con lo transcrito, cuando se trata de sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo, el fenómeno de cosa juzgada produce efectos "erga omnes", lo cual significa que una vez está en firme dicha decisión, se hace extensiva a aquellos procesos en los cuales el acto demandado sea exactamente el mismo, independientemente de cuál sea la causa invocada para sustentar la nulidad solicitada.

En cambio, tratándose del alcance de la cosa juzgada respecto de fallos desestimatorios proferidos en procesos contenciosos de nulidad, ésta sólo se predica de las causales de nulidad alegadas y del contenido del *petitum* que no prosperó. En consecuencia el acto administrativo puede ser demandado por otra causa y puede prosperar la pretensión.

(...)

En este orden, es necesario precisar que la *causa petendi* es entendida como la razón o los motivos por los cuales se demanda, siendo estos el origen de las pretensiones.

(...)

No obstante, advierte la Sala que por tratarse el asunto en estudio del derecho pensional, el cual por su naturaleza es considerado como una prestación periódica, bien puede la demandante solicitar que se le reliquide su mesada pensional cuantas veces quiera, ante la administración y la jurisdicción contenciosa administrativa, previo agotamiento de los recursos correspondientes.

Así las cosas, se determina que a pesar de que la sentencia de 7 de septiembre de 2006 haya hecho tránsito a cosa juzgada, en el proceso de la referencia existe un nuevo hecho, en tanto se han causado mesadas pensionales con posterioridad a la firmeza de la misma, las cuales pueden ser reliquidadas, como ya se dijo, en razón de la naturaleza del derecho pensional.

La Sala de Subsección encuentra que la sentencia de 29 de junio de 2012 proferida por el Juez Primero Administrativo de Descongestión de Tunja, no dirimió el conflicto, pues (i) frente a La Previsora S.A., declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva, y (ii) el argumento bajo el cual se sustentó la negativa de las pretensiones consistió en que dado que el accionante demandó un acto ficto o presunto y la administración profirió y notificó la Resolución PAP 051651 de 2 de mayo de 2011 antes de la admisión de la demanda, el proceso resultó inútil.

Así las cosas, una decisión judicial relacionada con la pensión de jubilación solo produce sus efectos hasta tanto se expida y quede ejecutoriada una nueva providencia que modifique el estado jurídico de las cosas, con la cual la nueva disposición, es decir, la nueva providencia, regula en adelante esa pensión. En consecuencia, las razones que anteceden permiten concluir que en el caso de autos no existe cosa juzgada.

Con las precisiones anteriores, esta Sala de Decisión procederá a verificar si existe o no identidad fáctica y jurídica entre el caso particular del solicitante y, el caso planteado y examinado en la sentencia de unificación invocada.

3.1.1. Supuestos fácticos:

- **Haberse desempeñado como empleado público por un término no menor a 20 años:** El señor JOSÉ REYES CARO UMAÑA se desempeñó como empleado público al servicio del Hospital Elías Olarte en el municipio de Miraflores (Boyacá).
- **Tener la calidad de pensionado:** Mediante Resolución núm. 44730 de 1993, se reconoció una pensión de jubilación a señor José Reyes Caro Umaña, sin incluir la totalidad de los factores salariales de creación constitucional y legal devengados por él durante el último año de servicios.
- **Haber cumplido, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, 35 años o más si es mujer o 40 años o más si es hombre, o 15 años o más de servicios cotizados:** La solicitante contaba con 61 años de edad al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, por tanto, es beneficiario del régimen de transición pensional consagrado en dicha norma.

3.1.2. Supuestos jurídicos:

- **Estar cobijado por el régimen de transición consagrado de la Ley 100 de 1993:** El señor JOSÉ REYES CARO UMAÑA cumplió la edad pensional del régimen anterior del sector oficial (Ley 33 de 1985), esto es, los 55 años, el 30 de marzo de 1987; y laboró mucho más de 20 años en el Hospital Elías Olarte del municipio de Miraflores (Boyacá), lo cual evidencia que consolidó su derecho pensional en el régimen anterior que le era aplicable, mucho antes del 31 de julio de 2010, fecha general de extinción del régimen de transición de la precitada Ley 100 de 1993.
- **No tener un régimen pensional especial o excepcional, es decir, estar amparado por la Ley 33 de 1985:** El solicitante, quien se desempeñó como empleado público al servicio del Hospital Elías Olarte del municipio de Miraflores (Boyacá), no se encuentra cobijado por ningún régimen pensional especial o excepcional, sino por el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985.

Como consecuencia de ello, no hay duda en que, con respecto al solicitante, el señor José Reyes Caro Umaña, (i) por ser beneficiario del régimen de transición y (ii) por estar cobijado por el régimen pensional de la Ley 33 de 1985, su pensión deberá liquidarse con una tasa de remplazo de 75% que habrá de aplicarse sobre el promedio salarial del último año de servicio, el cual incluirá la totalidad de factores salariales devengados por el solicitante en ese último año.

3.2. Factores que integran la base de liquidación de la pensión de jubilación del solicitante.

De conformidad con el acervo probatorio que obra en el expediente, está probado que el señor JOSÉ REYES CARO UMAÑA devengo como factores salariales durante su último año de servicios los siguientes: asignación básica, bonificación por servicios, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de antigüedad.

Por lo tanto, esta Sala de Decisión ordenará a la UGPP la reliquidación de la pensión del señor José Reyes Caro Umaña con la inclusión de los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación por servicios, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de antigüedad, todos ellos devengados por él en su último año de servicios, con independencia que sobre ellos se hayan hecho o no aportes al Sistema de Seguridad Social, toda vez que «la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional».

FUENTES: Consejo de Estado. Sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 2006-07509, con ponencia del magistrado VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

DECISIÓN:

"PRIMERO: EXTENDER los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009), proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, al señor José Reyes Caro Umaña, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) que proceda a efectuar la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a favor del señor José Reyes Caro Umaña, conforme a lo ordenado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, incluyendo la asignación básica, la bonificación por servicios, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de antigüedad, todos ellos, factores salariales por él devengados en el último año de servicios. En caso de estar inconforme con la liquidación proferida por la UGPP, el peticionario podrá promover la liquidación correspondiente ante la autoridad judicial que habría sido competente para conocer de la acción (medio de control) que dio lugar ésta extensión de la jurisprudencia, en la forma y oportunidad que se indica en la parte motiva de esta providencia, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

- Laboró al servicio del Hospital Elías Olarte en Miraflores durante más de 20 años.
- Los actos administrativos de reconocimiento y reliquidación de su pensión de jubilación (i) no han tenido en cuenta la totalidad de los factores devengados por él en su último año de servicios, y (ii) liquidan sobre el promedio de los últimos 10 años de servicios. Contra estos actos, el peticionario manifiesta haber interpuesto dentro de las respectivas oportunidades legales, los recursos procedentes en sede administrativa.
- Solicitó ante la UGPP, la extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010. Sin embargo, a la fecha de presentación de la solicitud ante el Consejo de Estado, no había tenido respuesta de parte de la mencionada entidad.

DECISIÓN: Sentencia dictada el día 29 de junio de 2012 por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Tunja, dentro del expediente número 150013331002201100058-00:

"PRIMERO: Declárese probada la excepción propuesta por la Sociedad La Previsora S.A., denominada falta de legitimación en la causa por pasiva.

SEGUNDO: Niéguese las pretensiones de la demanda.

TERCERO: No condenar en costas.

CUATRO: (SIC) Una vez en firme esta Providencia, por Secretaría, liquidense los saldos del proceso, si hubiere lugar a ello y ordénese al Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos el correspondiente archivo del proceso".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sección Segunda	RADICADO: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13)	FECHA: 24/11/2016
PONENTE: Gabriel Valbuena Hernandez		ACTOR: Luis Eduardo Delgado	
DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)			

2. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X
DERECHO QUE SE RECONOCE: Reliquidación de la pensión de jubilación	
NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Ley 33 de 1985. Artículo 36 de la Ley 100 de 1993	
TEMA PRINCIPAL: Factores salariales que comprenden el IBL. Régimen de transición	
TEMA COMPLEMENTARIOS: Competencias constitucionales de las Cortes de cierre. Efectos de las sentencias que profiere la Corte Constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto y en revisión de las sentencias de tutela	
SENTENCIA DE UNIFICACIÓN QUE SE SOLICITA EXTENDER: Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad.: 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009), del 4 de agosto de 2010.	

3. SENTENCIA QUE RESUELVE LA SOLICITUD DE EXTENSIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD:

"El señor Luis Eduardo Delgado, por medio de apoderado judicial, solicita la extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, expediente 2006-07509 (0112-2009), proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila y, que como consecuencia de ello, se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo como base de liquidación todos los factores salariales devengados por él en el último año de servicios".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Conforme a una línea jurisprudencial consolidada en Salas de Revisión de Tutela, la Corte Constitucional sostuvo, hasta la Sentencia SU-230 de 2015, que en tratándose de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985 (entre otros) el concepto de monto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, ya que resultaría quebrantado el principio de inescindibilidad de la norma si se liquidara el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que solo resultaría aplicable en el evento en que el régimen especial hubiese omitido fijar el método de encontrar la base reguladora.

A este respecto la propia sentencia SU-230 de 2015 cita las siguientes sentencias en cuya *ratio decidendi* se precisa que se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial que ampara al beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

[...]

2.1.2. La Sentencia C-258 de 2013.

La Corte Constitucional, en sentencia C-258 de 2013 declaró inexecutable las expresiones «durante el último año y por todo concepto», «Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal», contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión «por todo concepto», contenida en su parágrafo y, declaró executable las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, relativas «al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable», en el entendido que: **(i)** No puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraran afiliados al mismo; **(ii)** Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas; **(iii)** Las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso; **(iv)** Las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1º de julio de 2013.

En la parte resolutive de esa sentencia igualmente se ordena (i) a los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, revisar «Las pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con abuso del derecho o con fraude a la ley, en los términos del acápite de conclusiones de esta sentencia. Realizada la revisión correspondiente «podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013»; y (ii) a quienes tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones decretadas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, que, «en el marco de su competencia» tomen «las medidas encaminadas para hacer efectivo el presente fallo, aplicando en lo pertinente, los artículos 19 y 20 la Ley 797 de 2003, en los términos del apartado de conclusiones de esta sentencia» en relación con los demás casos de pensiones reconocidas de manera contraria a lo dispuesto en los numerales i, ii y iii del ordinal tercero.

2.1.3. Las sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.

En las sentencias de unificación SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016 la Corte Constitucional considera que en la sentencia de constitucionalidad C-258 de 2013 esa Corporación sentó un precedente aplicable a todos los regímenes especiales de pensión y no solamente al régimen pensional especial de los Congresistas y asimilados.

En la Sentencia SU-230 de 2015 la Corte Constitucional indicó:

Así pues, la sentencia C-258 de 2013, fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4 de 1992, pero además, estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100.

[...]

En la sentencia SU-427 de 2016, se reitera en lo esencial lo sostenido por la Corte Constitucional en la mencionada Sentencia SU-230 de 2015, señalando que en la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad de la expresión «durante el último año» contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, esa Corporación fijó una interpretación clara de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del ingreso base de liquidación de las pensiones de las personas que fueran beneficiarias del régimen de transición. En apoyo de esta consideración, se transcribe un texto contenido en la parte motiva de la Sentencia C-258 de 2013, que dice:

La Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36. Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.

Advierte que en la Sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional:

[C]onsideró que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, en la medida que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación.

Y concluye que el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición «sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico». Cuando esa Corporación se refiere a casos de «abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación». Y precisa que esto ocurre, por ejemplo, cuando «bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario». Así, se refiere a los casos en que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, «obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva [...]»

Finalmente señala:

6.14. En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...)

6.15. En resumen, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra un régimen de transición con el fin de salvaguardar las expectativas legítimas que pudieran verse afectadas con la creación del sistema general de seguridad social. Dicho beneficio consiste en la aplicación ultraactiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, pero solo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación. Lo anterior, evita que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

2.2. Pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el régimen de transición en materia de pensiones.

Mediante la sentencia de 4 de agosto de 2010, la Sección Segunda del Consejo de Estado precisó sobre el particular

[Q]ue la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

[...]

Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Ahora bien, en lo referente a la aplicación de la Ley 33 de 1985, esta Corporación, a partir del análisis de la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación y los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, estableció expresamente que

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

[...]

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Finalmente, respecto los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales que deben ser reconocidos en la liquidación o reliquidación de la pensión de jubilación, indicó que

De otro lado, se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, y se ha reiterado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

En el mismo sentido, en la sentencia de unificación citada se sostiene con respecto al argumento relativo al impacto en las finanzas públicas, lo siguiente:

En materia de derechos prestacionales, uno de los aspectos que principalmente se ha observado para efectos de delimitar el reconocimiento y goce de los mismos es el referente a los recursos que debe proveer el Estado para satisfacerlos, pues es evidente que demandan un alto nivel de gasto público e inversión social.

Sin embargo, las finanzas públicas no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir sus garantías, pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la autosostenibilidad del sistema.

En efecto, en lo que concierne a las pensiones de jubilación y vejez se ha previsto que el trabajador efectúe aportes durante la relación laboral como requisito indispensable para acceder a tales beneficios.

Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

Sobre el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial para la liquidación de las pensiones, el mismo fallo cita el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, núm. 1393 de 18 de julio de 2002, en donde se precisó:

"(...) El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...)". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación

directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios".

[...]

Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.[...]."

Y concluye la sentencia de unificación:

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales --a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación--, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación.

En efecto, durante el último año de servicio, comprendido entre el 31 de octubre de 2001 y el 31 de octubre de 2002, el actor devengó los siguientes conceptos: asignación básica; alimentación; bonificación por recreación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de

horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. [sic] Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones; indemnización de vacaciones.

Cajanal, de acuerdo con lo probado en el proceso, al liquidarle la pensión de jubilación tuvo en cuenta la asignación básica, dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y, diferencia de horario, factores que fueron devengados entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de octubre de 2002.

En consecuencia, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales la asignación básica; alimentación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. [sic] Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo.

2.2.2. Sentencia de Unificación de 25 de febrero de 2016, Exp. 2013-01541 [4683-2013].

La sentencia de unificación de 25 de febrero de 2016 reafirma, en lo esencial, la postura de esta Corporación sobre el régimen de transición en pensiones, contenida en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010.

Mantiene el Consejo de Estado las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, así:

1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".

3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad». (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

(...)

De lo expuesto se desprende que si en las sentencias SU 230 de 2015 y SU-427 de 2016 se escoge una determinada interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su aplicación a otros regímenes regulados por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4a de 1992, esa particular interpretación y aplicación de la ley no obliga a las demás Cortes de cierre, por las siguientes razones:

(i) Como en virtud de lo dispuesto en el artículo 237, numeral 1, de la Constitución Política, el Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia vinculante para resolver los conflictos cuya competencia le está atribuida a esta jurisdicción, es aquella dictada por este tribunal de cierre dentro del marco de la interpretación que la Constitución y la ley le confieren; por ello, no se considera vinculante la proferida por ninguna otra autoridad jurisdiccional, salvo la que expida la Corte Constitucional, en el ejercicio de control de constitucionalidad, esto es, como guarda de la integridad y supremacía de la Constitución o la que expida la misma Corte Constitucional (en la forma como se expuso anteriormente) o a través de sentencias de unificación (también llamadas "SU"), en cuanto se refieren a la aplicación, interpretación y alcance de las normas constitucionales (en especial de los derechos fundamentales) y no en cuanto a la interpretación de las normas legales. Admitir una tesis contraria, esto es, que todas las sentencias SU de la Corte Constitucional tienen mayor fuerza vinculante que las dictadas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conduciría, como atrás se dijo, a desconocer uno de los pilares del Estado Social de Derecho, cual es la estricta separación del poder público en ramas y el insoslayable marco de competencias regladas.

ii) De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas legales (también llamadas "C"), sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive (y en la parte motiva sí y solo si ésta fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive), en tanto que las adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y su motivación sólo constituye criterio

auxiliar para la actividad de los jueces. La única sentencia tipo C emanada de la Corte Constitucional que podría vincular a esta Corporación sobre el tema es la C-258 de 2013, pero ella se refiere exclusivamente al sentido y alcance del artículo 17 de la Ley 4° de 1992, que no es el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad. Las sentencias SU 230 de 2015 y SU 427 de 2016, son sentencias de tutela, que a pesar de producir efectos interpartes, están llamadas a ser aplicadas con carácter vinculante en las salas de revisión de tutelas de la propia Corte Constitucional y en las demás cortes, tribunales y juzgados del país, en tanto y en cuanto estén referidas a la aplicación y alcance de las normas constitucionales y, en especial, a los derechos fundamentales (doctrina constitucional integradora).

(iii) Las tesis plasmadas en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda de esta Corporación, se inscriben dentro del sistema de fuentes del derecho y tienen carácter prevalente y vinculante, a la luz de lo dispuesto en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011.

(iv) De acuerdo con el párrafo del artículo 334 de la Constitución Política «bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva». No se puede favorecer la sostenibilidad fiscal, como se sostiene en las sentencias SU en mención, a cambio del menoscabo de los derechos fundamentales de los pensionados, relacionados con la reliquidación y reajuste de su prestación social, los cuales tienen incidencia en los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, entre otros.

(v) El artículo 53 constitucional consagra el principio de favorabilidad al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. La jurisprudencia del Consejo de Estado garantiza de manera efectiva los derechos de las personas asalariadas de quienes han consagrado su vida y su fuerza laboral al servicio de la sociedad, con la expectativa legítima de obtener una pensión de jubilación justa que refleje su trabajo y su esfuerzo y no por ello puede considerarse un abuso del derecho, fraude a la ley o existencia de conductas ilícitas o amañadas.

(vi) El régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible, se puede modificar; sin embargo, para no vulnerar derechos adquiridos ni expectativas legítimas y ciertas, el ordenamiento jurídico prevé regímenes de transición. El régimen de transición pensional de todos los servidores públicos y privados es inescindible, contempla beneficios que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico. De conformidad con las nítidas voces del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el régimen de transición allí contenido comprende edad, tiempo de servicio y monto de la prestación y, en lo que toca con este último punto, ha considerado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que abarca factores salariales, porcentaje y tiempo a tomar en cuenta para su liquidación. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no contempla el concepto de «tasa de reemplazo», contenido en la sentencia SU 427 de 2016, pero sí contempla el de «monto» como elemento constitutivo del régimen de transición.

(vii) Al haber normas especiales que regulan el monto de la pensión de jubilación de las personas que están amparadas por el régimen de transición, deben aplicarse estas y no la norma general contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

(viii) Aplicar un criterio distinto al señalado en las sentencias de unificación del Consejo de Estado, conlleva una regresión de los derechos laborales.

(ix) El hecho de que las entidades públicas no hubieren efectuado los aportes de ley, no puede traducirse en un menoscabo de los derechos de los trabajadores. La omisión de las entidades públicas de efectuar los correspondientes aportes no puede beneficiarlas ni tener repercusión perjudicial respecto de sus servidores públicos, por cuanto a nadie puede favorecer su propia culpa: *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*.

(x) Aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado no violenta el principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma lo que aquel señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de esa realidad laboral o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que retribuyen sus servicios.

Por ello, se desestiman los argumentos presentados por el apoderado de la UGPP y el representante de la ANDJE para oponerse a la aplicación de la sentencia de unificación de 25 de febrero de 2016, exp. 2013-01541 (4683-2013) proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con respecto a la «interpretación constitucional» del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues: (i) no invocan casos de abuso del derecho, válidamente cobijados por la Sentencia SU-427 de 2016 de la Corte Constitucional; (ii) no se refieren al «régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable» [artículo 17 de la Ley 4 de 1992], cobijados por la Sentencia C-258 de 2013 de esa misma Corporación; (iii) No se refieren a la interpretación y alcance que la Corte Constitucional ha dado a una disposición de la Carta Política (doctrina constitucional integradora) sino a la interpretación que la Corte Constitucional ha dado a una disposición legal [artículo 36 de la Ley 100 de 1993], lo cual, en el mejor caso constituye «doctrina constitucional como criterio auxiliar de la interpretación de la ley».

4. Sobre el caso concreto

Aunque, por definición, en una providencia de extensión, la Sala no podría separarse de lo decidido en una sentencia de unificación, conviene señalar que esta Sala de Subsección comparte y reitera la postura jurisprudencial consignada en las sentencias de unificación de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 proferidas por el pleno de la Sección Segunda de esta Corporación, pues (i) en aplicación de los principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales (como, obviamente, lo es el derecho a la seguridad social) cuando una persona en virtud de la transición de regímenes pensionales (que prevé la Ley 100 de 1993), está cobijada por un régimen pensional anterior, éste habrá de ser aplicado de manera integral y completa, sin desconocer ninguno de los elementos que lo componen; (ii) el principio de «sostenibilidad fiscal» no puede ser invocado o aplicado para desconocer expectativas legítimas y, aún, como en este caso, derechos adquiridos bajo el imperio de una ley anterior, menos aun cuando la propia Corte Constitucional, en coincidencia con el Consejo de Estado, reiteradamente se había pronunciado en el sentido de que la aplicación de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, está soportada en los conceptos jurídicos de unidad normativa e inescindibilidad de la norma. Con las precisiones anteriores, la Sala de Subsección verificará si existe o no identidad fáctica y jurídica entre el caso particular del solicitante y, el caso planteado y examinado en la sentencia de unificación invocada.

4.1. Supuestos fácticos:

- Haberse desempeñado como empleado público por un término no menor a 20 años: El señor Luis Eduardo Delgado, se desempeñó como empleado público al servicio de la Dirección de Impuestos y aduanas Nacionales (DIAN) y la Rama Judicial, por más de 32 años, en el periodo comprendido entre el 17 de enero de 1977 y el 29 de noviembre de 1992 (DIAN) y el 2 de noviembre de 1994 y 30 de junio de 2011 (Rama Judicial).
- Tener la calidad de pensionado: Mediante Resolución PAP 016872 del 8 de octubre de 2010 proferida por Cajanal EICE, se reconoció la pensión de jubilación del señor Luis Eduardo Delgado, sin incluir la totalidad de los factores salariales de creación constitucional y legal devengados por él durante el último año de servicios.
- Haber cumplido, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, 35 años o más si es mujer o 40 años o más si es hombre, o 15 años o más de servicios cotizados: El solicitante contaba con 40 años de edad al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, por tanto, es beneficiario del régimen de transición pensional consagrado en dicha norma.

4.2. Supuestos jurídicos

- Estar cobijado por el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993: El señor LUIS EDUARDO DELGADO cumplió la edad pensional del régimen anterior del sector oficial (Ley 33 de 1985), esto es, los 55 años, el 30 de diciembre de 2008; y laboró mucho más de 20 años en entidades públicas del orden nacional (poco más de 32 años), lo cual evidencia que consolidó su derecho pensional en el régimen anterior que le era aplicable, mucho antes del 31 de julio de 2010, fecha general de extinción del régimen de transición de la precitada Ley 100 de 1993.
- No tener un régimen pensional especial o excepcional, es decir, estar amparado por la Ley 33 de 1985: El señor Luis Eduardo Delgado, quien se desempeñó como empleado público al servicio de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y la Rama Judicial, no se encuentra cobijado por ningún régimen pensional especial o excepcional, tal como lo alega la entidad convocada y la ANDJE, sino por el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985.

Al respecto, es preciso señalar que de acuerdo con las resoluciones de reconocimiento y reliquidación de la pensión de jubilación a favor del aquí solicitante, la fecha de ingreso del señor Luis Eduardo Delgado a la Rama Judicial como empleado público fue el 2 de noviembre de 1994, época para la cual el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 ya se encontraba vigente, según lo dispone el artículo 151 ídem (1.º de abril de 1994); por tal motivo, dicho argumento conduce a afirmar que el régimen pensional aplicable al caso concreto es el de la mencionada Ley 33 de 1985.

Sobre el particular, es pertinente destacar (i) que la tesis arriba descrita fue expresamente consagrada en las Resoluciones UGM 057308 de 16 de octubre de 2012 de Cajanal EICE, y RDP 018057 de 19 de abril de 2013 de la UGPP, por medio de las cuales se reliquidó la pensión de jubilación reconocida a favor del solicitante; y (ii) que la entidad convocada ha señalado en diferentes actos administrativos que el régimen legal aplicable al caso concreto es el contenido en las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, y los Decretos 1 de 1984 (C. C. A.) y 1158 de 1994, sin contemplar de forma alguna la posibilidad de aplicar normas de regímenes especiales o excepcionales al caso concreto.

4.3. Cambio de postura de la Sala

Si bien es cierto, esta Sala de Decisión había adoptado como postura jurisprudencial que « [el] problema jurídico [de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010] se centró únicamente en determinar los factores [salariales] que debían componer el ingreso base de liquidación, más no el promedio del tiempo para el cálculo del mismo», y que por ende, este último representaba «un nuevo problema jurídico que no [podía] ser resuelto dentro de la solicitud de extensión de jurisprudencia ya que excede su alcance», en esta oportunidad, en aras de dar efectiva aplicación a los principios de igualdad, favorabilidad, progresividad (o no regresividad) en materia laboral, se considera procedente cambiar dicha tesis, y reafirmar de manera categórica que «cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad (principio de inescindibilidad), sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho».

Con todo, conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del régimen que les era aplicable, acabe defraudando tales expectativas. En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral.

Como consecuencia de ello, debe insistir esta Sala que al señor Luis Eduardo Delgado, (i) al ser beneficiario del régimen de transición y (ii) estar cobijado por el régimen pensional de la Ley 33 de 1985, su pensión habrá de liquidarse tal como lo indica la mencionada norma, es decir, una tasa de remplazo de 75% que habrá de aplicarse sobre el promedio salarial del último año de servicio, el cual habrá de incluir la totalidad de factores salariales devengados por el solicitante en ese último año.

(...)

4.4. Prescripción

Sobre la prescripción de derechos en materia laboral administrativo, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 disponen que:

Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Artículo 102. Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto [1848 de 1969], prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Al haberse presentado la solicitud de extensión de jurisprudencia en sede administrativa el 24 de junio de 2013, se interrumpió la prescripción de los derechos laborales reclamados del solicitante hasta el 24 de junio de 2010, razón por la cual las mesadas pensionales anteriores a esa fecha se encuentran prescritas.

5. Se accede a la solicitud de extensión

Por las razones expuestas, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado: (i) estima procedente acceder a la pretensión del señor Luis Eduardo Delgado, el sentido de hacerle extensivos los efectos de la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 2006-07509, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila y, como consecuencia de ello, se ordenará a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo como base de liquidación la asignación básica, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de productividad, todos ellos, factores salariales por él devengados en su último año de servicios, y con exclusión del «bonificación por recreación», como quiera que, de conformidad con la sentencia invocada en extensión, «el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión»; (ii) ordenará a la misma entidad efectuar el recobro y descuento de los valores correspondientes a los aportes proporcionales a que haya lugar, por el tiempo que percibió los mismos factores (12% a cargo del empleador y 4% a cargo del trabajador), y (iii) declarará la prescripción trienal de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de junio de 2010”.

FUENTES: Ley 33 de 1985; Artículo 17 de la Ley 4 de 1992; Artículo 48 de la Ley 270 de 1996; Artículo 36 de la Ley 100 de 1993; Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2013; Corte Constitucional. Sentencia SU-230 de 2015; Corte Constitucional. Sentencia SU-427 de 2016; Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad.: 1393. 18 de julio de 2002. C.P.: Flavio Augusto Rodríguez Arce; Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Segunda. Rad.: 2006-07509. 4 de agosto de 2010. C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila; Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Segunda. Rad.: 2013-01541. 25 de febrero de 2016. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

DECISIÓN:

“PRIMERO. EXTENDER los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009), proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, al señor Luis Eduardo Delgado.

SEGUNDO. ORDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) que proceda a efectuar la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a favor del señor Luis Eduardo Delgado, conforme a lo ordenado en la

sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, incluyendo la asignación básica, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de productividad, todos ellos, factores salariales por él devengados en el último año de servicio. En caso de estar inconforme con la liquidación proferida por la UGPP, el peticionario podrá promover la liquidación correspondiente ante la autoridad judicial que habría sido competente para conocer de la acción (medio de control) que dio lugar ésta extensión de la jurisprudencia, en la forma y oportunidad que se indica en la parte motiva de esta providencia, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)."

4. HECHOS QUE SUSTENTAN LA SOLICITUD DE EXTENSIÓN

HECHOS: "El solicitante expone los siguientes hechos y consideraciones:

- Nació el 30 de diciembre de 1953.
- Laboró al servicio de entidades públicas por un lapso superior a 20 años, siendo su último empleador la Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial.
- Los actos administrativos de reconocimiento y reliquidación de su pensión de jubilación no tuvieron en cuenta la totalidad de los factores devengados por él en su último año de servicios y la liquidación se hizo a partir del promedio de ingresos percibidos durante los últimos 10 años de servicios. Contra dichos actos, el peticionario interpuso oportunamente los recursos procedentes en sede administrativa.
- Ante la negativa de la administración, solicitó ante la UGPP, la extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010; entidad que negó dicha solicitud mediante la Resolución RDP 031557 de 12 de julio de 2013, en la que argumentó que el solicitante no está cobijado por los supuestos fácticos y jurídicos de la referida sentencia de unificación, por cuanto le es aplicable el régimen especial de pensiones de los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978."

OBSERVACIONES: Ver en el mismo sentido:

Consejo de Estado. Sección Segunda. Rad.: 3482-13. 24 de noviembre de 2016. C.P.: Gabriel Valbuena Hernández; Consejo de Estado. Sección Segunda. Rad.: 4134-13. 24 de noviembre de 2016. C.P.: Gabriel Valbuena Hernández; Consejo de Estado. Sección Segunda. Rad.: 0418-14. 24 de noviembre de 2016. C.P.: Gabriel Valbuena Hernández.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sección Segunda - Subsección A	RADICADO: 11001-03-25-000-2014-00528-00(1669-14)	FECHA: 14/04/16
PONENTE: Luis Rafael Vergara Quintero		ACTOR: Argenis Cárdenas Velandia	
DEMANDADO: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)			

2. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X
----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: Derecho a la seguridad social.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 269 del CPACA y Ley 33 de 1985.

TEMA PRINCIPAL: Solicitud de extensión de jurisprudencia: mecanismo alternativo para la solución de conflictos.

TEMA COMPLEMENTARIOS: Factores salariales para calcular el ingreso base de liquidación.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN QUE SE SOLICITA EXTENDER: Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad.: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), del 4 de agosto de 2010.

3. SENTENCIA QUE RESUELVE LA SOLICITUD DE EXTENSIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD:

"La señora Argenis Cárdenas Velandia elevó solicitud de extensión de jurisprudencia ante la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) en la que pretendió se le extiendan los efectos de la sentencia del 4 de agosto de 2010 con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila dentro del radicado número 25000 - 23 - 25 - 000 - 2006 - 0750 - 01 (núm. interno 0112 - 2009) y como consecuencia de lo anterior, se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores percibidos durante el último año de servicios. Vencido el plazo concedido por el artículo 102 del CPACA, la entidad guardó silencio.
(...)

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en la contestación al traslado, señaló que no es procedente la extensión de la jurisprudencia por cuanto: i) el convocante acudió al Consejo de Estado antes del vencimiento de los treinta (30) días que tenía la entidad para resolver la solicitud de extensión de jurisprudencia, ii) que Colpensiones no solicitó el concepto previo de la entidad, por lo que considera que la actuación se encuentra viciada de nulidad; y iii) la sentencia citada como de unificación no tiene dicha calidad por cuanto fue expedida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, así como que existe disparidad de criterios con la Corte Constitucional.

La entidad convocada Colpensiones guardó silencio, vencido el término del traslado."

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"Sea lo primero señalar que el artículo 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no establece procedimiento especial para resolver la solicitud de extensión de jurisprudencia, en cuanto no se trata de un medio de control o proceso judicial, de tal suerte que en los casos en los cuales se decide suspender la audiencia para analizar en profundidad los argumentos presentados por las partes, la Sala procedió a aplicar las reglas del procedimiento contencioso administrativo para cubrir este vacío normativo, tal y como lo señaló en la audiencia.

Ahora bien, la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones respecto de la extensión de la jurisprudencia y la sentencia de unificación solicitada en extensión.

En primer lugar, la extensión de la jurisprudencia es una herramienta que introdujo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la efectividad de los derechos de las personas y con la finalidad de optimizar el funcionamiento del aparato administrativo y judicial a efecto de dar aplicación al principio de la confianza legítima, como fundamento del precedente judicial.

Conforme lo anterior, la solicitud de extensión de la jurisprudencia es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, que busca evitar que, cuando existe una posición unificada del Consejo de Estado para la solución de un caso, la entidad resuelva las peticiones conforme a lo decidido en la sentencia de unificación, por lo que "debe proceder cuando la similitud de problemas jurídicos, y la aplicación de la tesis jurisprudencial unificadora del caso que se propone puede evitar un proceso judicial".

Para la procedencia de la solicitud de extensión de la jurisprudencia es necesario, que se configuren unos requisitos mínimos, entre ellos, la identidad jurídica y fáctica entre los hechos presentados y lo pretendido con el caso analizado en la sentencia de unificación. Este presupuesto es indispensable toda vez que en la solicitud, por no tener la naturaleza de un proceso judicial, no le es permitido realizar el estudio de legalidad del acto administrativo o el análisis de responsabilidad de la actuación del Estado, lo que impide que se resuelvan problemas jurídicos adicionales a los resueltos en la sentencia de unificación que se solicita la extensión.

Ahora bien, como ya se ha manifestado en diversas oportunidades, la sentencia del 4 de agosto de 2010 con radicado núm. 0112 - 2009, claramente es una sentencia de unificación expedida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Es de importancia resaltar, que en la sentencia proferida en primera instancia dentro del citado proceso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) reliquidar la pensión del señor Luis Mario Velandia, aplicando el régimen general de los funcionarios públicos en su integridad, es decir, tomando el promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios y no como lo había realizado, aplicando lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, el problema jurídico en esa oportunidad se centró en determinar los factores que debían componer el ingreso base de liquidación de la pensión de un empleado público perteneciente al régimen general consagrado en la Ley 33 de 1985.

La sentencia también señaló, en atención al principio de favorabilidad, que quienes se encuentren en el régimen de transición, se les debe aplicar el régimen anterior en su integridad y respecto de los factores que se deben incluir dentro del ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen general de los funcionarios públicos, Ley 33 de 1985, son todos aquellos que se hayan percibido de manera habitual y periódica como contraprestación directa de sus servicios sin importar la denominación.

[...]

Adicionalmente se aclara que en la sentencia de unificación se señaló que, sin importar la denominación, se debían tener en cuenta todos los factores percibidos durante el último año de servicios, es decir, que la inclusión de factores al ingreso base de liquidación de una pensión de jubilación a través de la solicitud de extensión de jurisprudencia no está limitada a los que fueron estudiados en la citada sentencia.

Ahora bien, para determinar si en el caso bajo estudio se presenta la igualdad fáctica y jurídica alegada, se deberá analizar los siguientes requisitos: el régimen aplicado al reconocimiento pensional y la forma como se calculó el quantum de la mesada pensional.

Del expediente se observa, que mediante Resolución GNR 096513 del 16 de mayo de 2013 la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) le reconoció una pensión de vejez a la señora Argenis Cárdenas Velandia aplicando el régimen general de los empleados públicos, esto es, lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

La solicitante interpuso recurso de reposición contra el mencionado acto administrativo y en la cual solicitó la extensión de los efectos de la sentencia del 4 de agosto de 2010 dentro del expediente 0112 - 2009 proferida por la Sección Segunda de esta Corporación.

Mediante Resolución GNR 31752 de 4 de febrero de 2014, Colpensiones modificó el acto de reconocimiento pensional aumentando la mesada para el año 2014.

De los anteriores actos administrativos se probó que la convocante es beneficiaria de una pensión de vejez, conforme lo señalado en la Ley 33 de 1985, y que pretende se ordene a la entidad la reliquidación de la pensión incluyendo todos los factores percibidos durante el último año de servicios, por lo cual se presenta la igualdad fáctica y jurídica entre el caso bajo estudio y lo analizado en la sentencia de unificación.

[...]

Respecto de las primas de navidad y vacaciones, en la sentencia de unificación se estableció que las mismas debían tenerse en cuenta para el cálculo del ingreso base de liquidación por hacer parte del salario y haberlas percibido durante el último año de servicios.

Por el contrario, frente a la bonificación por recreación, en la mencionada sentencia se advirtió que esta no debía incluirse en la liquidación de la pensión de jubilación toda vez que “el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestaciones del servicio del empleado, sino por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo como la recreación”.

FUENTES: Artículo 269 del CPACA; Ley 33 de 1985; artículo 1° de la Ley 62 de 1985; Decreto 4765 de 2005; Decreto 4765 de 2005 y artículo 15 del Decreto 0853 del 25 de abril de 2012 proferidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

DECISIÓN:

"Extender los efectos de la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila dentro del radicado número 25000 - 23 - 25 - 000 - 2006 - 0750 - 01 (núm. interno 0112 - 2009) a la señora Argenis Cárdenas Velandia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) reliquidar la pensión de la señora Cárdenas Velandia, tomando para el cálculo del ingreso base de liquidación los factores correspondientes a: la asignación básica, la reserva especial de ahorro, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad, todo ello a partir del reconocimiento pensional.

La entidad deberá realizar los descuentos sobre aquellos factores respecto de los cuales no aportó al sistema de seguridad social y por el tiempo que se reconozca el retroactivo.

No hay lugar a decretar la prescripción de las mesadas, comoquiera que el reconocimiento pensional se realizó el 16 de mayo de 2013 y la solicitud de extensión de jurisprudencia fue radicada el 14 de junio de 2013, suspendiendo el término prescriptivo.

Se le informa al apoderado del solicitante que posee treinta (30) días a partir de la ejecutoria de esta decisión, para iniciar el incidente de liquidación, conforme a lo establecido en el inciso 5° del artículo 269 del CPACA ante el juez que habría sido el competente para conocer la acción que dio lugar a la extensión de la jurisprudencia, de acuerdo a las reglas de competencia".

4. PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

HECHOS:

"... en la sentencia proferida en primera instancia dentro del citado proceso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) reliquidar la pensión del señor Luis Mario Velandia, aplicando el régimen general de los funcionarios públicos en su integridad, es decir, tomando el promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios y no como lo había realizado, aplicando lo dispuesto en la Ley 100 de 1993".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Nulidad y restablecimiento del derecho	SALA O SECCIÓN: Sección Segunda	RADICADO: 11001-03-25-000-2012-00544-00(2062-12)	FECHA: 26/03/2014
PONENTE: Gerardo Arenas Monsalve		ACTOR: Nazario Gómez Preciado	
DEMANDADO: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.			

2. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	X
DERECHO QUE SE RECONOCE: Asignación de retiro: reajuste con base en el índice de precios al consumidor.	
NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Ley 100 de 1993, Artículos 14 y 142; Ley 238 de 1995.	
TEMA PRINCIPAL: Incremento de la asignación de retiro teniendo en cuenta el IPC para los años 1997 a 2004.	
TEMA COMPLEMENTARIOS: No se trataron.	
SENTENCIA DE UNIFICACIÓN QUE SE SOLICITA EXTENDER: Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Jaime Moreno García, Rad.: 25000-23-25-000-2003-00851-01 [8464-2005], del 17 de mayo de 2007.	

3. SENTENCIA QUE RESUELVE LA SOLICITUD DE EXTENSIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD:

"En uso de la palabra la apoderada de la parte solicitante manifestó que solicita la extensión de los efectos de la sentencia de 17 de mayo de 2007 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, M. P. Dr. Jaime Moreno García, dentro del expediente radicado 25000-23-25-000-2003-00851-01 con el número interno 8464-2005, en el que fue demandante el señor José Jaime Tirado, demanda la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR).

Lo anterior dice la apoderada del solicitante, porque la asignación de retiro del señor Agente [®] Nazario Gómez Preciado fue reajustada durante los años 1997 a 2004 según las previsiones de los decretos expedidos para el efecto en dichos años de conformidad con el principio de oscilación a pesar de que el resultado de este reajuste fue inferior al IPC certificado por el DANE para los años 1997 a 2004.

Señaló la apoderada del solicitante que: i) El señor Nazario Gómez Preciado es beneficiario de la asignación de retiro reconocida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, ii) Que durante los años 1997 a 2004 la asignación de retiro del expolicial se realizó en un porcentaje inferior al IPC certificado por el DANE, en los años 1997 a 2004.

Agrega que el señor Gómez Preciado cuenta con todas las circunstancias de hecho y de derecho para que le se extiendan los efectos de la providencia mencionada, en cuanto al incremento de la asignación de retiro teniendo en cuenta el IPC para los años 1997 a 2004.

Los supuestos fácticos y jurídicos son idénticos y para la prescripción cuatrienal se elevaron peticiones ante CASUR radicadas bajo los Nos. 34626 de 2007 y 011276 de 2011. Allegó documentos que solicitó sean tenidos como pruebas".

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

"El actor pretende que se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reliquidar la asignación de retiro percibida en los años 1997 a 2004, de conformidad con el incremento del IPC correspondiente a los años citados, por cuanto estima que el reajuste a su asignación de retiro realizado con el principio de oscilación el cual es evidentemente menor al que debió recibir. (...)

Revisado el expediente la Sala advierte que la prueba documental demuestra: i) mediante acto administrativo se reconoció la asignación de retiro; ii) a partir de qué fecha se realizó el reconocimiento de la asignación de retiro; iii) Los documentos mediante los cuales se liquidaron y pagaron las mesadas correspondientes a los años 1997 y 2004; iv) copia de las solicitudes ante la administración para que se reajustará la asignación de retiro y v) copia de los oficios No. 07338 de 31 de agosto de 2007 y No. 22 /OAJ de 21 de febrero de 2011.

Se puede extender los efectos de la sentencia de unificación solicitada por cuanto se demuestra que el incremento de su asignación de retiro se hizo en un porcentaje menor al IPC para los años 1996 a 2004, bajo los siguientes argumentos reiterados por la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación:

El ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al índice de precios al consumidor (IPC), de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 14 y 142, por remisión expresa que hiciera el propio legislador en la Ley 238 de 1995.

Bajo estos supuestos, y teniendo en cuenta que la Sala de Sección ya había establecido en sentencia de 17 de mayo de 2007. Rad. 8464-2005. M. P. Jaime Moreno García que en el caso de los oficiales de la Fuerza Pública les resultaba más favorable el reajuste de su asignación de retiro, con aplicación del índice de precios al consumidor (IPC), respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 la Sala, para el caso concreto, dará por probado ese hecho y, en consecuencia, ordenará el ajuste de las asignaciones de retiro del solicitante y que viene percibiendo, con fundamento en el índice de precios al consumidor (IPC), respecto del citado período, sin perjuicio del término prescriptivo.

No obstante lo expuesto, la Sala reitera que no puede perderse de vista que el reajuste al que tuvo derecho el actor, durante los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, en todo caso debe verse reflejado en la base de la asignación de retiro que viene percibiendo, la cual será incrementada a partir del 1 de enero de 2005 con fundamento en el principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del decreto 4433 de 2004".

FUENTES: Ley 100 de 1993, en sus artículos 14 y 142, por remisión expresa que hiciera el propio legislador en la Ley 238 de 1995.

DECISIÓN:

"Extender los efectos de la sentencia de 17 de mayo de 2007 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, M. P. Dr. Jaime Moreno García, dentro del expediente radicado 25000-23-25-000-2003-00851-01 con el número interno 8464-2005, en el que fue demandante el señor José Jaime Tirado, demanda la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR) al solicitante Nazario Gómez Preciado, de conformidad con las anteriores consideraciones.

Para la liquidación del derecho patrimonial reconocido al peticionario, en caso de desacuerdo con la liquidación efectuada por la entidad, el apoderado del solicitante deberá iniciar el correspondiente trámite incidental ante la autoridad judicial que habría sido la competente para conocer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término previsto en el inciso 5° del artículo 269 del CPACA".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia

Ficha
No. 1

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia	SALA O SECCIÓN: Sección Cuarta	RADICADO: 11001-03-27-000-2014-00177-00(21509)	FECHA: 18/06/2015
PONENTE: Jorge Octavio Ramírez Ramírez		ACTOR: Iluminaciones del Alto Magdalena	
DEMANDADO: Municipio de Girardot			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	X	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ	NO	X
		X

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se rechazó el recurso.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículo 271 del CPACA.

TEMA PRINCIPAL: Requisitos para solicitar sentencia de unificación jurisprudencial

TEMA COMPLEMENTARIO: No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"La sociedad demandante, presentó la solicitud de sentencia de unificación jurisprudencial en los siguientes términos:

1. Celebró con el municipio de Girardot el contrato No, 001 de 2006 por un término de 30 años, cuyo objeto es "la contratación por el sistema de concesión del suministro, instalación, expansión, reposición, repotenciación, mantenimiento, operación y administración de la infraestructura del servicio de alumbrado público" en dicho ente municipal.

2. Desde el cobro del impuesto por parte del municipio, se han iniciado múltiples procesos contra el Acuerdo 015 de 2007 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado cuyos radicados son:

Tribunal Administrativo de Cundinamarca:

- 25000-23-27-000-2008-00281-01
- 25000-23-27-000-2009-00005-01
- 25000-23-27-000-2009-00053-01
- 25000-23-27-000-2009-00054-01

- 25000-23-27-000-2009-00055-01
- 25000-23-27-000-2009-00256-01 acumulado con 25000-23-27-000-2009-00200-01
- 25000-23-27-000-2011-00009-01

Consejo de Estado – Sección Cuarta:

- 25000-23-27-000-2009-00053-01
- 25000-23-27-000-2009-00055-01
- 25000-23-27-000-2011-00009-01

3. La trascendencia del asunto radica en el hecho de que debe aplicarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con el fin de garantizarle al Municipio de Girardot, el goce de su derecho a la determinación del impuesto de alumbrado público, tal y como lo hacen los demás municipios del país."

FUNDAMENTO(S) DEL AUTO:

"En cuanto a la expedición de sentencias de unificación de jurisprudencia, el artículo 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone:

"Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. [...]"

".

2. De conformidad con la norma transcrita, corresponde a las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencia de unificación, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las subsecciones o de los tribunales, o por petición del Ministerio Público, (i) por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, y (ii) sobre procesos pendientes de fallo de las subsecciones de la Corporación, y de los tribunales, que se tramiten en única o segunda instancia.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición debe exponer las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

3. Así las cosas, procede la Sala a verificar si la petición presentada por el Municipio de Girardot reúne los requisitos antes descritos.

Según el solicitante, las circunstancias que imponen el conocimiento de este proceso se concretan en que se han tramitado diversos procesos desde el año 2009 con decisiones contradictorias, puesto que algunas acceden a la nulidad del acuerdo, mientras que en otras providencias se declara la legalidad de dicho acto administrativo.

Adicionalmente, manifiesta que se debe garantizar al ente municipal la libertad de reglamentar dicho tributo, como lo hacen los demás municipios.

3.1 Frente al tema de la Unificación de Jurisprudencia, esta Sección se ha pronunciado en los siguientes términos:

En efecto, mediante las sentencias de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado debe asumir una importante y nueva función, la de identificar las decisiones de la jurisdicción que constituyan jurisprudencia establecida, reiterada, comúnmente aceptada por los jueces y, por tanto, permanente en determinados puntos de derecho, y fijarlas con toda formalidad en estas sentencias especiales que se convertirán, hacia el futuro, en guía segura, conocida y previsible de las autoridades administrativas y de los jueces en su función ejecutora de la ley.

En ese sentido, no basta que los procesos versen sobre un mismo tema, puesto que este mecanismo no solo fue instituido para analizar casos similares, sino para decidir de forma unificada un supuesto fáctico que afecta en forma global a la sociedad, o un conflicto superior para la vida colectiva que tenga trascendencia en el funcionamiento del ordenamiento jurídico, o para preservar la armonía y la paz entre los administrados mediante la aplicación del principio de confianza legítima, situaciones que no fueron sustentadas por la actora.

En el sub examine, la actora no explicó las circunstancias por las cuales se debe sentar una posición unificada, ni en qué sentido se está vulnerando la seguridad jurídica y la igualdad. No es suficiente con afirmar que pueden generarse fallos contradictorios, pues el hecho de que existan procesos que analicen un mismo tema a cargo de diferentes jueces, no implica, necesariamente, que las sentencias que se lleguen a expedir sean opuestas."

3.2 Ahora bien, se reitera que en el caso sub examine, la sociedad accionante manifiesta que se han presentado diferentes decisiones sobre el tema por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado – Sección Cuarta.

Efectivamente esta Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el Acuerdo 015 de 2007:

- Sentencia del 25 de julio de 2013 proferida en el proceso de simple nulidad radicado 25000-23-27-000-2009-00053-01 (19383), en el que se demandaron los Acuerdos 010 de 8 de septiembre de 2005 y 015 de 11 de diciembre de 2007 expedidos por el Concejo Municipal de Girardot.
- Auto del 19 de diciembre de 2013, por medio del cual se aceptó el desistimiento del recurso de apelación y, en consecuencia, se dejó en firme la sentencia del 6 de octubre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la nulidad del mencionado acto administrativo.
- Esta posición fue reiterada en la sentencia del 14 de agosto de 2014 en la cual no se realizó el estudio del Acuerdo 015, puesto que éste ya había sido anulado por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa:

Mediante sentencia del 19 de diciembre de 2013, la Sección Cuarta del Consejo de Estado aceptó el desistimiento del recurso de apelación y declaró en firme la sentencia del 6 de octubre de 2010 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A".

Teniendo en cuenta lo anterior, el Acuerdo 015 de 2007, expedido por el Concejo Municipal de Girardot no está vigente, como lo afirma el apoderado del municipio, porque fue declarado nulo.

- De igual forma, la Sección, al momento de decidir un recurso extraordinario de revisión relacionado con el Acuerdo controvertido, señaló:

"[...] si bien es cierto que el Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de julio de 2013 (radicado 25000-23-27-000-2009-00053-01), se pronunció sobre la legalidad del Acuerdo 015 de 2007, no es menos cierto que, para ese momento, dicho acto ya había sido excluido del mundo jurídico por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en los procesos con radicados 25000-23-27-000-2009-00055-01 y 25000-23-27-000-2009-00054-01, mediante sentencias anulatorias del 6 y 21 de octubre de 2010 –anteriores a aquella del Consejo de Estado–, respectivamente, que actualmente se encuentran ejecutoriadas.

Téngase en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo –hoy 189 del CPACA–, la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes, mientras que la que niega la nulidad, produce cosa juzgada erga omnes solo en relación con la *causa petendi* juzgada". (Subrayas fuera del texto)

- La decisión más reciente fue proferida el 15 de abril del año en curso, con ocasión a un recurso de unificación interpuesto por el Municipio de Girardot en la que se manifestó la improcedencia de la solicitud, al existir repetidos pronunciamientos que no dan lugar a duda sobre el tratamiento dado por esta Corporación al Acuerdo cuestionado.

Son precisamente las providencias anteriores, las que tornan improcedente la petición de unificación, por cuanto ya está establecida una postura clara por parte del órgano de cierre en la materia, que debe ser observada por los demás operadores jurídicos, con el fin de no crear incertidumbre en los usuarios de la administración de justicia.

3.3 Adicionalmente, con las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y esta Sala, no se limita la libertad del municipio de Girardot para la reglamentación del impuesto de alumbrado público, sino que se realizó un estudio de su actuación a la luz del ordenamiento jurídico vigente, sin que ello implique un trato desfavorable frente a los demás municipios.

3.4 Por lo expuesto, se concluye que, en este caso, no se cumple con el requisito relacionado con la importancia jurídica y trascendencia económica y, en consecuencia, resulta improcedente la solicitud presentada por la Sociedad Iluminaciones del Alto Magdalena (IAMS A.S.), para adelantar el procedimiento previsto en el artículo 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."

FUENTES: Artículo 271 del CPACA.

DECISIÓN: "RECHAZAR POR IMPROCEDENTE la solicitud de unificación de jurisprudencia presentada por la sociedad Iluminaciones del Alto Magdalena S.A. (IAMS A.S.), a través de apoderado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia	SALA O SECCIÓN: Sección Cuarta	RADICADO: 11001-03-28-000-2016-00052-00	FECHA: 7/12/2016
PONENTE: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez		ACTOR: Enrique Antonio Celis Durán	

DEMANDADO: Rafael Enrique Lizarazu Montoya

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	X	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
----	--	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se rechazó el recurso.**NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA:** Artículos 10, 102, 256, 267, 258, 262, 269 y 270 del CPACA.**TEMA PRINCIPAL:** Recurso extraordinario de unificación jurisprudencial: requisitos de procedibilidad**TEMA COMPLEMENTARIO:** No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El solicitante pide como pretensiones de este recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, soportado en que su propósito es asegurar la unidad de interpretación del derecho, su aplicación uniforme y la garantía de los derechos que le asisten, lo siguiente:

1. "Unificar la jurisprudencia en relación con la figura de la designación en provisionalidad en el régimen de la Carrera Diplomática y Consular, conforme al precedente consolidado que ha constituido la jurisprudencia del mismo Consejo de Estado.
2. Ordenar, con el propósito de garantizar el derecho a la igualdad de mi representado, que la sentencia, objeto del recurso, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca quede sin efectos.
3. Como consecuencia de lo anterior, se declare no desvirtuada la presunción de legalidad que cobija al Decreto N° 0111 del 21 de enero de 2015, por el cual se nombró provisionalmente al señor Rafael Enrique Lizarazu Montoya en el cargo de Ministro Consejero, código 1014, grado 13 de la Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito a la Embajada de Colombia ante el gobierno de Guatemala.

4. Se ordene al Ministerio de Relaciones Exteriores, con el propósito de reparar los agravios inferidos a mi representado, adelantar todas las gestiones necesarias y pertinentes para restablecer los derechos de Rafael Lizarazu”.

FUNDAMENTO(S) DE LA SENTENCIA:

“La determinación sobre la categoría de sentencia de unificación es el punto de partida para establecer si el recurso que aquí es objeto de análisis, recae sobre una decisión que tiene ese carácter vinculante.

Es decir, que será necesario determinar si el reproche deviene de la inobservancia que el operador judicial en la decisión cuestionada realizó al resolver un caso, soslayando una posición de características de unificación, emitida por el Consejo de Estado.

Ello por cuanto el propósito y el fin de este recurso de carácter extraordinario es el de “asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida”.

Bajo este contexto, es necesario establecer de qué modo debe acreditarse que la alegada sentencia es de unificación jurisprudencial y las razones que debe invocar quien esgrime esta causal como sustento de su alegación.

Para encontrar claridad sobre la condición que se debe predicar de la sentencia a que se alude en esta clase de recurso de naturaleza extraordinaria, es preciso analizar las normas correspondientes y el pronunciamiento que sobre una de ellas realizó la Corte Constitucional, así:

“Artículo 257. *Procedencia*. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos. Tratándose de sentencias de contenido patrimonial o económico, el recurso procederá siempre que la cuantía de la condena o, en su defecto, de las pretensiones de la demanda, sea igual o exceda los siguientes montos vigentes al momento de la interposición del recurso:

[...]

Artículo 258. *Causal*. Habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contrarie o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

[...]

Artículo 262. *Requisitos del recurso*. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia deberá contener:

1. La designación de las partes.
2. La indicación de la providencia impugnada.
3. La relación concreta, breve y sucinta de los hechos en litigio.
4. La indicación precisa de la sentencia de unificación jurisprudencial que se estima contrariada y las razones que le sirven de fundamento”.

La Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 2016, que analizó la constitucionalidad del transcrito artículo 257, asumió las siguientes conclusiones en relación con la procedencia de este recurso y las decisiones que podrían ser objeto del mismo:

Dijo que en las providencias los jueces están sometidos al imperio de la ley; sin embargo, esta regla no promueve en sí misma una aplicación mecánica de la norma, pues está visto que debido al permanente ejercicio de interpretación del ordenamiento jurídico que conlleva la determinación de la regla de derecho aplicable y los efectos que de ella se pueden derivar, la función del operador judicial avanzó en la creación e integración del derecho, otorgándole a los textos previstos en la Constitución y en la ley, un significado coherente, concreto y útil.

Indicó que precisamente y debido a que en el ejercicio de esa función judicial se presentan problemas de interpretación normativa, ocasionados a la multiplicidad de operadores jurídicos y a los diversos entendimientos que por esta razón surgen; sumado a la ambigüedad y a la vaguedad de algunas disposiciones que deben interpretarse.

Fue este panorama el que imploró la necesidad de que los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, en cumplimiento de la función de unificación jurisprudencial, profirieran las decisiones con este carácter, a efectos de agrupar la interpretación válida a aplicarse, cuando los asuntos merecen de su intervención bajo esta óptica, potestad que cumplen en ejercicio de sus competencias constitucionales.

Según los artículos 86, 235, 237 y 241 de la Constitución Política, esta función se implementó para brindar a la sociedad: i) cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad y ii) garantizar que las decisiones que se adopten por la administración de justicia y, en general, por todas las autoridades públicas, se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico.

Basada en estas funciones, la Corte reiteró en esta sentencia, que la unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre: (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (C.P. arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (C.P. arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (C.P. art. 235).

En esta misma línea aclaró, con apoyo en la sentencia C-104 de 1993, que la garantía para alcanzar la unidad del ordenamiento jurídico y evitar el caos, la inestabilidad y garantizar la integración jurídica en el funcionamiento del sistema jurídico jerárquico, obliga a promover “el establecimiento de mecanismos que permitan conferirle uniformidad a la jurisprudencia”.

4.2. Identificación de las sentencias de unificación

Es propósito de este acápite establecer en qué eventos se puede considerar que estamos en presencia de una sentencia de unificación.

De acuerdo con el artículo 270 del CPACA, son características y elementos que permiten identificar que una sentencia judicial tiene el carácter de unificación en la jurisdicción, las siguientes:

i) Que haya sido dictada por el órgano de cierre. Esta condición por cuanto solo el Consejo de Estado, bien a través de su Sala Plena, sus salas especiales o sus Secciones, en la materia que tiene a su cargo según el reglamento, actúa como ente unificador de la jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y

ii) Que se profiera con la finalidad de unificación, esto es, que se hubiere dictado respecto de un tema no pacífico, o cuando se considere necesario asumir una postura orientadora. Con tal fin las razones que se pueden invocar son: 1) importancia jurídica, 2) trascendencia económica o social o 3) por la necesidad de sentar jurisprudencia. También se integran como sentencias de unificación de jurisprudencia, las providencias que se dicten al decidir los recursos extraordinarios y aquellas que decidan el mecanismo eventual de revisión.

De esta manera, es necesario, en atención al rigorismo y a la relevancia de esta clase de providencias, que cuando se apele a esta categoría, se demuestre que la sentencia abarca estos dos elementos que la identifican, pues precisamente de que confluyan estas características es que deviene la fuerza vinculante de carácter obligatorio frente al resto de operadores judiciales. Atendido a estos dos elementos esenciales se pasa a examinar si la sentencia invocada como de unificación en este trámite tiene tal carácter o no.

4.3. De la sentencia que es objeto del recurso de unificación de jurisprudencia

Debe decirse, tal como lo refieren las partes intervinientes en este recurso extraordinario que en relación con la materia que se debatió en la sentencia cuestionada se han proferido varios fallos, dictados en diferentes procesos, tramitados tanto en única, como en segunda instancia.

En tales pronunciamientos se ha reiterado de modo idéntico las conclusiones frente a las reglas previstas en torno al examen de legalidad de los actos de nombramiento que el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió al proveer cargos en provisionalidad con personal ajeno a la carrera diplomática y consular, por no encontrar candidatos que cumplieran con las condiciones de disponibilidad para su ejercicio, en observancia del principio de alternatividad que rige este régimen laboral especial.

Sin embargo, ninguna de ellas se dictó con el propósito de darle el alcance de una sentencia de unificación, pues en primer lugar la Sala no encontró que existiera alguna de las situaciones a que atrás se aludió, y en segundo término, tampoco se dictaron al resolver un recurso extraordinario o el de revisión eventual, caso en los que lo allí decidido, tiene efectos de unificación como lo reconoce el artículo 270 del CPACA.

El identificar la sentencia de unificación deriva en el efecto principal de reclamar que su interpretación tenga efectos vinculantes, así lo explica la Corte Constitucional en la sentencia C - 588 de 2012, cuando analiza el mecanismo de extensión de jurisprudencia en la que dedican algunas consideraciones frente a las sentencias de unificación, a efectos de otorgarle y reconocerles específicas características, así:

La Corte estimó respecto de la exequibilidad del artículo 270 del CPACA, que encontraba ajustada la limitación efectuada por el legislador frente al mecanismo de extensión administrativa de sentencias, restringiendo su procedencia únicamente de las sentencias de unificación jurisprudencial, pues de ellas se deriva un alto grado de seguridad y certeza, que el legislador en ejercicio de su poder de configuración normativa les asignó, con el fin de evitar la realización de un proceso.

Que no todas las sentencias cuentan con ese poder vinculante que se traduce en la exposición de reglas de interpretación "claras, uniformes e identificables", que establecen y justifiquen la viabilidad de un reclamo ante la administración y con fundamento en ella, permitan su exigencia a modo de extensión.

Que tal propósito solo se logra bajo estas específicas características, máxime cuando se trata del reconocimiento de un derecho en cabeza del administrado, con lo que se contribuye a disminuir la congestión judicial y la judicialización de las peticiones ante las autoridades, en beneficio de la eficacia, la economía y la celeridad en la función administrativa.

Aclaró, que uno es el efecto de las sentencias unificadoras para impetrar el mecanismo administrativo de extensión de jurisprudencia y, otro, el poder vinculante para los operadores jurídicos que tiene no solo las sentencias unificadoras, como regla de interpretación que introduce con el fin de aplicar el derecho.

Basado en el reclamo del actor de desconocimiento de la "postura acogida" por la Sección Quinta en el fallo del 30 de enero de 2014, respecto de que la provisión de empleos de funcionarios de carrera, está sujeta al período de alternación, se tiene que la sentencia que se invoca como susceptible de este mecanismo extraordinario, como se anunció, no cumple los elementos que la identifican como de unificación de jurisprudencia, atendiendo a las siguientes consideraciones:

1. Si bien fue dictada por la Sección Quinta, quien tiene la condición de órgano de cierre en los asuntos electorales de conformidad con el Reglamento del Consejo de Estado, lo relevante para el caso, es que para cuando se profirió, no se invocó ninguna de las situaciones que ameritan su expedición bajo esta condición y ello impide calificarla o considerarla como de unificación de jurisprudencia.

2. Aunque es cierto que la interpretación que se realizó en dicha providencia ha sido reiterada con posterioridad por otras decisiones de la Sección Quinta, este hecho en nada modifica o representa que debe tenerse como de unificación jurisprudencial.

3. Atendiendo a los eventos en que esta Jurisdicción profiere sentencia de unificación, estos es, cuando la dicta por: i) importancia jurídica, ii) trascendencia económica o social, iii) necesidad de unificar jurisprudencia y además al resolver iv) los recursos extraordinarios y v) el mecanismo eventual de revisión, está claro que ninguno de ellos se encuentra presente en este asunto. No es posible identificar el fallo del 30 de enero de 2014 bajo ninguna de estas condiciones, en tanto se dictó en una acción electoral tramitada en segunda instancia y no se hizo invocando ninguna de estas razones.

4. Aunque bastaría que se demostrara el cumplimiento de los dos elementos que identifican una sentencia de unificación, es preciso recordar que dado los efectos que ésta genera respecto de los ciudadanos, la administración y los operadores jurídicos, le corresponde al órgano de cierre darla a conocer bajo esta condición, de conformidad con lo previsto en el artículo 8° del Acuerdo 148 de 2014, y se identifique con las siglas CE-SUJ-, a través del servicio de relatoría y se haga la publicación electrónica de la decisión así adoptada.

De esta manera, queda claro que la providencia que se alegó para el ejercicio de este recurso de carácter extraordinario no tiene la connotación de sentencia de unificación, y en esa medida, resulta improcedente el examen sobre si el fallo objeto del recurso la desconoció o se opuso a ella".

FUENTES: Artículos 10, 102, 256, 267, 258, 262, 269 y 270 del CPACA; Corte Constitucional, sentencias C-104 de 1993, C- 634 de 2011 y C-179 de 2016.

DECISIÓN: "PRIMERO. DECLÁRASE INFUNDADO el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia interpuesto por el señor Rafael Enrique Lizarazu Montoya contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, el 29 de octubre de 2015, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. LEVÁNTESE la suspensión del fallo emitido el 29 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en cuanto le retorna sus plenos efectos, de conformidad con lo aquí decidido."

5. HECHOS

HECHOS: “El señor Enrique Antonio Celis Durán en ejercicio del medio de control de nulidad electoral presentó demanda en contra del Decreto 0111 del 21 de enero de 2015, por el cual se nombró en provisionalidad al señor Lizarazu Montoya en el cargo de Ministro Consejero de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la embajada de Colombia ante el gobierno de Guatemala.

Surtido el proceso que se tramitó en **única instancia** ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, por sentencia del 29 de octubre de 2015 se accedió a la pretensión de nulidad deprecada.

En dicha providencia el Tribunal indicó en relación con el periodo de alternación en la Planta del Ministerio de Relaciones Exteriores, lo siguiente:

“[...] Así, en la forma expresada en los artículos 35, 36, 37 y 38, del Decreto Ley 274 de 2000, los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores con categoría Diplomática y Consular durante su vinculación al citado Ministerio, deben cumplir su función tanto en la planta Externa como Interna, es decir que siempre se encuentran cumpliendo el principio de alternación, sin que haya posibilidad alguna que rehúsen cumplir de esta manera las funciones de su cargo, al verse expuestos a ser retirado de la carrera y por ende del servicio activo, sin distinción si se trata de planta interna o externa.

Tal conclusión conduce inexorablemente a sostener por parte de esta Sala de decisión, que la **disponibilidad** para que una persona inscrita en el respectivo escalafón pueda ser nombrada en el cargo para el cual ha concursado y que se encuentra vacante, no es posible jurídicamente hacerla depender de que el funcionario no se encuentre en periodo o lapso de alternancia, puesto que tal hipótesis no es viable a la luz de las normas que regulan el servicio diplomático, en tanto que por virtud del deber legal que acompaña la prestación del servicio diplomático y consular, los funcionarios de tal carrera siempre deben prestar sus servicios alternadamente en planta interna y externa sin que les esté dado que en un momento determinado de su vinculación laboral, se encuentre por fuera del cumplimiento del deber legal de alternación dada las consecuencias que tal inobservancia acarrea para su permanencia en el empleo público, atendiendo que esta fue la forma en que el legislador previó como debían cumplirse las funciones de las distintas categorías de empleos en la carrera diplomática y consular.

En ese sentido, la Sala Mayoritaria de la Subsección “A” debe apartarse de la postura acogida por la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado cuando en sentencia reciente del 30 de enero de 2014, proferida dentro del radicado 250002341000201300227 01 C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en un asunto similar al que ahora se debate, luego de citar in extenso las normas en las que igual esta Colegiatura se apoya, sostuvo que *“para la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en la planta interna como externa, está sujeta al periodo de alternación. Es decir que no solamente es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, sino que el mismo tenga disponibilidad, en la medida en que su adscripción a una de las dos plantas de servidores con que cuenta la cancillería, en cumplimiento de la alternación no se encuentre en curso, es decir que se haya terminado su periodo de alternancia para poder ser nombrado”*.

Tal presupuesto en criterio de esta Sala, no es posible oponerlo para la provisión de cargos de carrera que se encuentren vacantes, puesto que se reitera, siempre los servidores públicos inscritos en escalafón de carrera diplomática y consular, estarán en ejercicio de sus funciones cumpliendo las mismas en periodos sucesivos y permanentes de alternancia como forma de

cumplirlas, y por ello, sostiene la Sala se concibe un servidor inscrito y clasificado en la carrera diplomática en la categoría de que se trate que se encuentre en servicio activo, por fuera de las frecuencias de los períodos o de lapsos de alternancia, bien sea que se encuentre cumpliéndola en comisión hacia arriba o hacia abajo (que los artículos 46 a 59 permiten) o en cualquier otra modalidad de situación administrativa, en tanto el legislador en su capacidad de libre configuración, la impuso como obligatoria para quienes presten su concurso personal en el servicio diplomático y consular; y en esta medida, pretender que un funcionario de esta carrera no se encuentre en alternancia y de allí su disponibilidad para ser nombrado en el cargo para el que concursó, sería una condición de imposible cumplimiento (esto es, no es alternancia y en razón de ello no estar disponible) por ser contraria a lo que ha previsto la Ley como obligatoria."

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia	SALA O SECCIÓN: Sección Quinta	RADICADO: 11001-03-28-000-2016-00060-00	FECHA: 27/07/2017
PONENTE: Rocío Araújo Oñate		ACTOR: Geovanis Heberto Vergara Márquez	
DEMANDADO: Steimer Ali Mantilla Rolong			

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	X	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
----	--	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se rechazó el recurso.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículos 10, 102, 203, 256, 269, 270 y 271 del CPACA.

TEMA PRINCIPAL: Requisitos de procedibilidad del Recurso extraordinario de Unificación de jurisprudencia. Oponibilidad de las sentencias de unificación jurisprudencial.

TEMA COMPLEMENTARIO: No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"2.1 Fundamentos de hecho

El demandante consideró en su escrito de sustentación del recurso extraordinario que el fallo cuestionado desconoce la sentencia de unificación dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 7 de junio de 2016.

2.1.1. Afirmó que el señor Steimer Ali Mantilla Rolong fue Personero Municipal de Puerto Colombia, según elección que realizó el Concejo Municipal de esa localidad para que ejerciera ese cargo durante el período 1º de marzo de 2012 a 28 de febrero de 2016.

2.1.2. El señor Mantilla Rolong renunció al cargo de Personero Municipal, dimisión que fue aceptada mediante Resolución N° 021 del 16 de septiembre de 2014, con efectos a partir del 1º de octubre de 2014.

2.1.3 El 22 de julio de 2015 el señor Mantilla Rolong se inscribió como candidato a la Alcaldía del Municipio de Puerto Colombia.

2.1.4. Según formulario E-26 el señor Steimer Ali Mantilla Rolong resultó elegido alcalde del municipio de Puerto Colombia bajo el aval del Partido Cambio Radical con una votación de 9.663 votos, seguido por el demandante, señor Geovanis Heberto Vergara Márquez, a quien le fueron registrados 7.609 votos.

2.1.5. En ejercicio del medio de control de nulidad electoral el accionante alegó que el elegido alcalde no atendió el factor temporal que le prohibía inscribirse y resultar elegido alcalde municipal, pues entre la renuncia como Personero Municipal y la inscripción de su candidatura, apenas transcurrieron 10 meses y 6 días y no 24 meses como lo establecen los artículos 38 numeral 7° y 39 de la Ley 617 de 2000. Además porque incurrió en las prohibiciones contempladas en los artículos 51 de la Ley 617 de 2000 y en el numeral 8° del artículo 179 de la Constitución Política.

2.2. Fundamentos jurídicos

En su escrito el demandante identificó a título de omisiones que predica del fallo del Tribunal Administrativo del Atlántico, las siguientes:

2.2.1. Que no se pronunció sobre el numeral 7° del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, respecto de las incompatibilidades de los Alcaldes y quienes los reemplacen, quienes no podrán inscribirse a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual resultaron elegidos. A juicio del actor, se desconoció de igual manera la sentencia C-490 de 2011 en cuanto condicionó el entendimiento del artículo 29 parágrafo 3° de la Ley 1475 de 2011.

2.2.2. Afirmó que el Tribunal tampoco se pronunció sobre las incompatibilidades del accionado en los términos que prevé el artículo 39 de la Ley 617 de 2000, sobre “la duración de las incompatibilidades del alcalde distrital y municipal” en los términos que fijó la sentencia de unificación del 7 de junio de 2016.

2.2.3. Estimó que el Tribunal no se manifestó frente a las incompatibilidades de los contralores y personeros, previstas en el artículo 51 de la Ley 617 de 2000.

2.2.4. Que el elegido se encontraba inhabilitado para inscribirse y elegirse como alcalde del municipio de Puerto Colombia habida cuenta que el numeral 8° del artículo 179 de la C.P. prevé: “que nadie podrá ser elegido por más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”. Afirmó que en este caso, los períodos de alcalde y personero coinciden parcialmente, lo que representa que el fallo de única instancia está en contravía con la tesis que propugna la sentencia del 7 de junio de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

2.2.5. Indicó que la Sala del Tribunal Administrativo del Atlántico no se pronunció respecto de la violación indicada en el hecho 10 de la demanda de nulidad electoral, respecto de la inhabilidad en la que dice incurrió el señor Steimer Mantilla Rolong, quien para ser elegido alcalde del Municipio de Puerto Colombia violó el numeral 8° del artículo 179 de la Constitución Política.

Con fundamento en estas consideraciones solicitó a título de petición con este recurso extraordinario, lo siguiente:

“Considerando que la Sentencia de Única Instancia de fecha 27 de abril de 2016, dictado por el Tribunal Administrativo del Atlántico va en contravía y se opone al Fallo Electoral de la Sentencia de Unificación de Sección Quinta del Consejo de Estado de fecha 7 de junio de 2016, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, Radicación N° 11001032800201500051-00 Actor Emiliano Arrieta Monterrosa, de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), sentencia de Única Instancia, ha causado agravio injustificado al actor: Geovanis Heberto Vergara Márquez, candidato a la alcaldía del Municipio de Puerto Colombia, para que sea revocada la Sentencia de Única Instancia de fecha 27 de abril de 2016, conforme se declare la Nulidad Electoral contemplada en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA, para que deje sin efecto el acto administrativo contenido en el formulario E-26, expedido el 28 de octubre de 2015, por los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal, declaro

(sic) electo a Steimer Ali Mantilla Rolong, alcalde del Municipio de Puerto Colombia (Atlántico), período 2016-2019, con una votación de 9.633 votos, quien no reunía las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad por hallarse incurso en causales de inhabilidad, porque la sentencia impugnada de única instancia denegó las súplicas de la demanda.” (Subrayas y negritas del texto original).”

FUNDAMENTO(S) DEL AUTO:

“3.1. Naturaleza del recurso extraordinario

La Ley 1437 de 2011, que promovió la reforma de la jurisdicción contenciosa administrativa, tuvo como necesidad la de implementar mecanismos para lograr y garantizar la unificación jurisprudencial.

Fue de esta manera que se instituyó el recurso de unificación de jurisprudencia como un instrumento idóneo, de naturaleza judicial, cuyo fin es otorgar prevalencia dentro del ordenamiento jurídico a las decisiones de unificación proferidas por el Consejo de Estado.

A través de la Ley 1437 de 2011 se confirió a algunas decisiones judiciales, denominadas de unificación, el poder normativo sobre la interpretación de una disposición.

Esta categoría surgió de la necesidad de reconocer a las sentencia de unificación proferidas por el Consejo de Estado en su condición de órgano de cierre de esta jurisdicción, ese poder vinculante obligatorio respecto de la interpretación legal más conforme a la Constitución, cuando son posibles diversos análisis de un mismo punto, para que ésta irradie la decisión a cargo de los jueces al aplicarla en un caso concreto.

La función unificadora del Consejo de Estado también está presente cuando define los asuntos a su cargo e invoca con tal fin, razones de importancia jurídica, trascendencia social o económica y, además, cuando resuelve los recursos extraordinarios de revisión y el mecanismo eventual en materia de acciones populares.

Tal reconocimiento se da en razón a que le está atribuido en el ejercicio de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias, la de otorgar el alcance y el entendimiento de una determinada norma, cuandoquiera que ésta es objeto de interpretación para resolver una controversia que le ha sido sometida a su examen y definición y también, al dictar en los términos del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, decisiones de importancia jurídica, trascendencia económica o por la necesidad de sentar jurisprudencia.

La función unificadora del Consejo de Estado le otorga efectos a sus decisiones dentro de la estructura normativa, en cuanto reconoce el papel preponderante y el efecto vinculante que los pronunciamientos del juez contencioso en su condición de órgano de cierre, tienen en la actividad judicial y que delimitan el marco de interpretación de la ley, respecto de otros posibles entendimientos.

Tales efectos promueven la realización de los fines estatales a cargo de las instituciones que conforman el Estado social de derecho, en específico y, en lo que concierne a la rama judicial, la efectividad de la justicia.

Esta última razón se justifica además en garantía del principio de seguridad jurídica que propugna porque haya identidad de interpretación cuando se hacen pronunciamientos frente a un mismo tema, en cuanto reconoce que sea el juez de cierre de la jurisdicción, el que oriente tal interpretación.

Debe en todo caso precisarse que la prevalencia de la decisión judicial que eleva a categoría normativa la interpretación judicial no implica abandonar la prevalencia del imperio de la ley como fuente principal a la que están sometidos los jueces en sus decisiones, conforme el artículo 230 de la Constitución Política, sino darle el entendimiento que en ella también confluyen las decisiones judiciales que tienen poder vinculante y constituyen la interpretación de la ley formalmente considerada.

De antemano representa un reconocimiento necesario y oportuno sobre la actividad judicial en cabeza de las altas cortes, cuando en sus decisiones de unificación se fijan los parámetros de interpretación, con efectos vinculantes frente a los demás operadores jurídicos, previa determinación del momento a partir del cual se hacen exigibles.

La decisión de unificación jurisprudencial es preponderante frente a otros fallos que se hayan pronunciado sobre el particular y a partir de su publicación, son de observancia y aplicación forzosa para el resto de los jueces que integran la jurisdicción, pues su contenido y la regla jurídica que expone resulta ser aquella que otorga el entendimiento más conforme de la norma.

Fue bajo estas características que el legislador le reconoció a la decisión judicial de unificación proferida por los órganos de cierre las características de permanencia, identidad y carácter vinculante obligatorio.

Vale recordar que sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia que analizó la constitucionalidad del artículo 10 (parcial) de la Ley 1437 de 2011 *"por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*, precisó lo siguiente:

"[...] 11. El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante".

Así las cosas, las decisiones judiciales de unificación, integran por disposición legal, un parámetro de obligatorio acatamiento, vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Tales decisiones, son aquellas que contienen las características de decisión de unificación y que por lo mismo, fijan reglas de interpretación sobre puntos de discusión del derecho que las hace de vinculante observancia, tanto para las autoridades de carácter administrativo, como para los operadores judiciales.

Fue con este propósito que la Ley 1437 de 2011, señaló diversos mecanismos que se encuentran contenidos en los artículos 10, 102, 256 y 269 cuyo objeto, en su generalidad, es crear medios de defensa (administrativo o judicial) para que el ciudadano, dependiendo la actuación que cuestiona, solicite la aplicación de las decisiones proferidas por el Consejo de Estado, cuando en su actuar, se inviste de esa condición de juez de unificación, la que le está dada por ser órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

3.2 Generalidades del recurso extraordinario

Es un mecanismo judicial que se rige por el título VI, capítulo II de la Ley 1437 de 2011. En los artículos 256 a 267 encontramos que esta normativa establece los fines del mismo y su procedimiento. La Sala destaca como elementos y características del recurso, las siguientes:

3.2.1. Fin del recurso y procedencia

Es un proceso de carácter extraordinario que se regula por unas específicas y especiales reglas de procedencia y de oportunidad.

El propósito y el fin de este recurso de carácter extraordinario es el de *“asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida”*.

Está restringido al examen de las sentencias que en segunda o en única instancia dicten los tribunales, pues con tales decisiones se agota el proceso judicial ordinario, cuando no es susceptible de conocimiento del Consejo de Estado.

Además en los términos del artículo 257 de la Ley 1437 de 2011, cuando la sentencia recurrida contiene una condena económica, la procedencia del recurso extraordinario está condicionada al cumplimiento de las cuantías allí previstas.

3.2.2. Oportunidad del recurso

Este recurso debe interponerse en sede judicial ante el operador jurídico que profirió la decisión cuestionada, en un término de cinco (5) días después de la ejecutoria del fallo que se opone a una sentencia de unificación y que se dice incumplida.

Este plazo perentorio tiene por propósito superar los efectos adversos que se puedan generar del cumplimiento de un fallo que se reputa contrario a una sentencia de unificación, lo que además se garantiza con la posibilidad de solicitar la suspensión de la providencia cuestionada, previo otorgamiento de una caución en aquellos procesos en los que se estime necesaria.

3.2.3. Legitimación por activa

La presentación debe realizarse por quien ha actuado como parte o tercero en el trámite procesal en el que se dictó la providencia cuestionada, pues la legitimación de este mecanismo extraordinario, recae únicamente en ellos, conforme lo dispone el artículo 260 de la Ley 1437 de 2011.

Si el proceso tuvo dos instancias, debe probarse que el recurrente apeló o adhirió a la apelación con lo cual el párrafo del artículo 260 de la Ley 1437 de 2011 determina una condición para la legitimación por activa para las partes o terceros, siempre y cuando el fallo de segundo grado sea exclusivamente confirmatorio de aquella.

Este requisito procesal constituye un control al ejercicio del recurso, en tanto exige que cuando se alegue el desconocimiento de una sentencia de unificación y de ser posible, se invoque en el trámite ordinario, esto es, a través de la interposición del recurso de apelación que debe plantearse, so pena de declararse improcedente en los términos del párrafo del artículo 260 de la Ley 1437 de 2011.

La Sala precisa que en el evento en que la sentencia sea confirmatoria de la decisión del a quo, este requisito es exigible, evaluadas las condiciones del caso y cuando se demuestre que tal exigencia es posible, porque la parte pudo plantearlo para cuando ejercitó el recurso de alzada.

3.2.5. Causal única

El recurso extraordinario sólo procede contra dichas sentencias cuando se invoque que la misma contraría o se opone a una sentencia de unificación de esta Corporación, es decir, su ejercicio está limitado y restringido a una única causal.

3.3. Identificación de la sentencia de unificación

El propósito de este proceso es determinar si la sentencia cuestionada se opone a un fallo de unificación. De manera que la existencia de esta decisión justifica la procedencia del recurso, pues solo de esta manera se puede efectuar un análisis respecto de si el fallo cuestionado contraría una decisión de estas características.

Esta condición *sine qua non*, determina la necesidad de que previo a un análisis de fondo sobre las razones que se estiman contrarias a una decisión de unificación, se tenga certeza sobre que la providencia que así se invoca, sea de unificación y esto implica que se pruebe que: i) se encuentra dentro de las sentencias de que trata el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, ii) ha sido notificada o publicada, según el caso y iii) es obligatoria para cuando se profirió la decisión reprochada.

3.4. Concepto de sentencia de unificación

De acuerdo con el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 son características y elementos que permiten identificar que una sentencia judicial tiene el carácter de unificación en la jurisdicción, las siguientes:

3.4.1. Que haya sido dictada por el órgano de cierre. Esta condición por cuanto solo el Consejo de Estado, bien a través de su Sala Plena, sus salas especiales o sus Secciones, en la materia que tienen a su cargo según el reglamento, actúa como ente unificador de la jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y

3.4.2. Que se profiera con la finalidad de unificación, bien porque el tema amerite que se dicte una decisión respecto de un tema no pacífico; cuando se considere necesario asumir una postura orientadora; y además, cuando la decisión se profiere por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o por la necesidad de sentar jurisprudencia.

También se integran como sentencias de unificación de jurisprudencia, las providencias que se dicten al resolver los recursos extraordinarios y aquellas que decidan el mecanismo eventual de revisión, esto, en virtud de la integración que el legislador hizo en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 de las diferentes clases de decisiones que integran las sentencias de unificación.

De esta manera, es necesario, en atención al rigorismo y a la relevancia de esta clase de providencias, que cuando se apele a esta categoría, se demuestre que la sentencia abarca estos dos elementos que la identifican, pues precisamente de que confluyan estas características es que deviene la fuerza vinculante de carácter obligatorio frente al resto de operadores judiciales.

3.5. Oponibilidad de las sentencias de unificación

Por regla general las providencias en el proceso contencioso administrativo se notifican en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, así:

“Artículo 203. Notificación de las sentencias. Las sentencias se notificarán, dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. En este caso, al expediente se anexará la constancia de recibo generada por el sistema de información, y se entenderá surtida la notificación en tal fecha.

A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de edicto en la forma prevista en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil.

Una vez en firme la sentencia, se comunicará al obligado, haciéndole entrega de copia íntegra de la misma, para su ejecución y cumplimiento."

De igual manera, el artículo 8° del Acuerdo 148 de 2014 del Consejo de Estado impone la obligación del juez que profiere la unificación el deber de publicación de las sentencias de unificación, pues además de esos efectos *inter partes* frente al caso que se decide, también es claro que en la medida en que se formulan unas reglas de obligatorio acatamiento corresponde al juez acometer una forma de darlas a conocer para que en adelante sean aplicadas no solo por los jueces, la administración, sino por la ciudadanía en general.

Así lo preciso esta Sección en los siguientes términos:

"[...] es preciso recordar que dado los efectos que Esta genera respecto de los ciudadanos, la administración y los operadores jurídicos, le corresponde al órgano de cierre darla a conocer bajo esta condición, de conformidad con lo previsto en el artículo 8° del Acuerdo 148 de 2014, y se identifique con las siglas CE-SUJ-, a través del servicio de relatoría y se haga la publicación electrónica de la decisión así adoptada."

Esta doble connotación en los efectos de las sentencias de unificación la reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-179-16, al señalar:

"[...] Desde el punto de vista judicial, las sentencias de unificación emergen como el fallo que brinda certeza y seguridad sobre la regla de derecho que se debe aplicar a un caso que presenta una hipótesis semejante de decisión. Son providencias que al identificar de manera clara y uniforme el precedente aplicable, se imponen de manera forzosa por razón de la obligatoriedad del mandato de unificación que les asiste a los órganos de cierre, en este caso, al Consejo de Estado como máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En este sentido, las sentencias de unificación producen, de un lado, unos efectos inter partes o subjetivos, que alcanzan a las personas involucradas en el proceso de origen, sin que dicho propósito concrete la operatividad de este mecanismo, pues el mismo se enfoca, fundamentalmente, en la consolidación de unos efectos vinculantes para todos los casos semejantes, brindado un carácter objetivo al respectivo fallo, ya que introduce una subregla o criterio de decisión judicial que deviene en obligatorio para todos los jueces que integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En todo caso, cabe aclarar que la obligatoriedad que tienen las sentencias de unificación, no excluye el deber genérico de seguir el precedente, respecto de las decisiones del Consejo de Estado que no tienen dicha condición."

3.6. Obligatoriedad de las sentencias de unificación

Atendiendo a este requisito de obligatoriedad respecto de las partes y además de los operadores judiciales por contener una regla de derecho, es necesario que tal efecto se produzca a partir de un momento cierto, que no puede ser otro que aquel en el cual la decisión de unificación se publica, pues solo a partir de este acto de se puede exigir su observancia con irradiación de la regla de derecho que contiene la sentencia a los asuntos que le sean similares en cuanto respondan precisamente a las interpretaciones que el fallo determine.

Esto implica que su observancia descarta asuntos decididos con anterioridad que no estaban obligados a su acatamiento porque sencillamente la decisión no existía y por lo mismo no producía efectos.

(...)

En relación con esta decisión dictada en un medio de control de nulidad electoral por la Sección Quinta del Consejo de Estado en única instancia contra la elección de la Gobernadora de La Guajira, período 2016 - 2019, se tiene que la misma sí constituye una sentencia de unificación en razón a las siguientes consideraciones:

1. La Sala la identificó como sentencia de unificación. Al respecto dijo: "Este fallo constituye Sentencia de Unificación en los términos del artículo 270 del CPACA. A través de la presente providencia se unifican los siguientes aspectos: (i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, (ii) el alcance de la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral y (iii) los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos."

2. Identificó en la parte motiva de dicha providencia que el extremo temporal inicial de la prohibición contenida en el numeral 7° del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, establece que el alcalde no podrá inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular mientras detente tal dignidad. Y además, que en aplicación del artículo 39 - versión actual -, tampoco podría hacerlo dentro de los 12 meses siguientes. Al respecto dijo la Sección Quinta del Consejo de Estado, en un uso de sus atribuciones legales como sala de cierre en material electoral, que a través de esa decisión efectuaba unificación de jurisprudencia, a manera de jurisprudencia anunciada sobre el tema y que, por tal virtud, tendrá aplicación sólo a futuro y no para el caso concreto.

3. También se ocupó la providencia de fijar una regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas, dijo que "aquellos serán el futuro -ex nunc- en consideración a la teoría del acto jurídico que distingue entre la existencia, validez y eficacia, como escenarios distintos del acto -administrativo o electoral-; y en respeto a la "verdad material y cierta", por encima de la mera ficción jurídica".

4. De esta manera en el punto 4.5., denominado: Jurisprudencia Anunciada, se ocupó de fijar las reglas sobre: (i) Del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 7 y 39 de la Ley 617 de 2000 y (ii) Del alcance de la aplicación del principio *pro homine* en materia electoral, las cuales precisó las realizaba "hacia el futuro".

5. En estos términos, en la parte Resolutiva dispuso: "Segundo: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en los términos del artículo 270 del CPACA, en relación con: (i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 7 y 39 de la Ley 617 de 2000, (ii) el alcance de la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral y (iii) los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos. ADVERTIR a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación constituyen precedente y tendrán aplicación hacia futuro".

Estos razonamientos identifican con plenitud que el fallo del 7 de junio de 2016, dictado en el proceso radicado bajo el N° 110010328000201500051-00 es una sentencia de unificación que determinó reglas de derecho en relación con los asuntos que fueron objeto de unificación.

Todo lo anterior, despeja cualquier duda que se tenga frente a la condición que tiene en razón además de que se dictó en aplicación del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 y por lo mismo, a partir de su publicación, las reglas allí contenidas son de obligatoriedad frente a los operadores jurídicos, la administración y la comunidad en general.

4.2. Oponibilidad de la sentencia del 7 de junio de 2016

Determinado como está la condición de sentencia de unificación corresponde establecer a partir de qué momento se producen sus efectos para determinar desde cuanto tales reglas de derecho son de aplicación obligatoria, específicamente, por los operadores jurídicos.

La Sala constata que la sentencia se dictó el 7 de junio de 2016. Su notificación a las partes y al tercero interviniente se produjo, de acuerdo con la consulta que se realizó al sistema de gestión Siglo XXI, el 9 de junio de 2016 mediante el envío de la decisión a sus correos electrónicos en los términos del citado artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, es decir, a través de este medio, se hizo oponible a las partes la decisión.

En lo que corresponde a la publicación a la comunidad de que trata el artículo 8° del Acuerdo 148 de 2014 se advirtió que esta decisión se dio a conocer por aviso inserto en la web del Consejo de Estado y puede consultarse a través del sistema de consulta de la relatoría, donde se identifica como sentencia de unificación en los términos de lo ordenado por el Acuerdo 148 de 2014, en uso de los mecanismos previstos para dar publicidad a las sentencias de unificación jurisprudencia con efectos generales.

Esta diferenciación es importante porque tal fecha delimita el momento a partir del cual la sentencia adquiere esa fuerza vinculante obligatoria, que la dota de certeza sobre la regla de derecho que se aplican respecto de las normas que a través de ésta se interpretan.

Con esta precisión, la Sala establece que la obligatoriedad de esta sentencia de unificación acaeció de la siguiente manera: i) a la comunidad en general, a partir del 8 de junio de 2016, con lo cual se impuso a los operadores judiciales que a futuro los asuntos a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que involucre la aplicación de los artículos y las materias sometidas a unificación, estén obligados a observar las reglas allí formuladas y ii) en relación con las partes que concurrieron al proceso en el que se dictó el fallo, que lo allí decidido los vinculó a partir de la notificación del fallo, la que se realizó el 9 de junio de 2016.

4.3. El fallo cuestionado del 27 de abril de 2016

Al respecto debe decirse que la sentencia dictada el 27 de abril de 2016 por el Tribunal Administrativo del Atlántico y que se identificó como la decisión que se opone al fallo de unificación dictado el 7 de junio de 2016, no la desconoce. La razón es que para el momento de su expedición la sentencia de unificación no se había dictado y tampoco publicado, lo que la excluye de su deber de observancia obligatoria.

En efecto, no existe motivo o razón que habilite al fallo de unificación a irradiar situaciones ya definidas, de hecho lo que deja en claro la sentencia del 7 de junio de 2016 es que las reglas que se establecen son "jurisprudencia anunciada" lo que descarta incluso que la decisión adoptada allí no se definió bajo las reglas de unificación que allí se fijaron.

Esto representa que la decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico no estaba sometida ni obligada para el momento en que definió el medio de control de nulidad contra la elección del alcalde del Municipio de Puerto Colombia, pues para determinarlo es necesario que se establezca: i) su obligatoriedad y ii) el desconocimiento de la regla de derecho fijada en la sentencia de unificación".

FUENTES: Artículos 10, 102, 203, 256, 269, 270 y 271 del CPACA; Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad.: 2015-00051, sentencia del 7 de junio de 2016, C.P.: Alberto Yepes Barreiro; Corte Constitucional, sentencia C- 179 de 2016.

DECISIÓN:

"PRIMERO: DECLÁRASE NO PROBADAS las excepciones formuladas por el apoderado de la parte accionada en este recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia interpuesto por el señor Geovanis Heberto Vergara Márquez contra la sentencia proferida el 27 de abril de 2016 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por lo expuesto en esta providencia."

5. HECHOS

HECHOS:

"Geovanis Heberto Vergara Márquez presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral con el fin de obtener la nulidad del acto de elección de Steimer Alí Mantilla Rolong, como Alcalde del Municipio de Puerto Colombia (Atlántico), por encontrarse presuntamente inhabilitado al haber ejercido como Personero en dicho municipio dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de su inscripción como candidato a la alcaldía.

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron.

1. IDENTIFICACIÓN

TIPO: Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia	SALA O SECCIÓN: Sección Primera	RADICADO: 2014 00284 00	FECHA: 11/09/2014
PONENTE: María Elizabeth García González		ACTOR: José Heliodoro Contreras Rubio	

2. CRITERIOS DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN ARTÍCULO 270 CPACA:

IMPORTANCIA JURÍDICA	RECURSOS EXTRAORDINARIOS	RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN		MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN
		RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN	X	

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN CON FINES DE EXTENSIÓN ART. 10 Y 102 CPACA:

SÍ		NO	X
----	--	----	---

DERECHO QUE SE RECONOCE: No aplica porque se rechazó el recurso.

NORMA APLICADA Y/O INTERPRETADA: Artículos 269 a 274 del CPACA.

TEMA PRINCIPAL: Unificación jurisprudencial: Requisitos para que proceda la solicitud.

TEMA COMPLEMENTARIO: No se refirieron.

3. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

CARGOS O FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

"El ciudadano José Heliodoro Contreras Rubio, actuando en nombre propio y en calidad de demandante dentro de la acción de cumplimiento radicada bajo el núm. 2013-00643-01, que cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, presentó solicitud de Sentencia de Unificación Jurisprudencial, consagrada en el artículo 271 del CPACA, con el fin de que el Consejo de Estado asumiera, por importancia jurídica, trascendencia económica y social, y necesidad de unificación de Jurisprudencia, el conocimiento del mencionado proceso.

Adujo que la acción de cumplimiento que cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca pretende que el Municipio de Girardot dé aplicación a los párrafos 1° y 2° del artículo 17 de la Ley 769 de 2002, modificado por los artículos 4° de la Ley 1383 de 2010 y 244 de la Ley 1450 de 2011, y proceda, de manera inmediata, a la sustitución gratuita de las licencias de conducción en ese ente territorial.

Luego de enunciar las diferentes leyes y sentencias que se han ocupado de la sustitución de licencias de conducción, señaló que era necesario que el Consejo de Estado asumiera el conocimiento del proceso y dictara la sentencia que resolviera el recurso de apelación que actualmente cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Ello, por cuanto el Ministerio de Transporte ha dado una errónea interpretación a los referidos fallos, especialmente al proferido el 23 de enero de 2014, por la Sección Quinta del Consejo de Estado, por lo que se impone que se dicte una sentencia de unificación jurisprudencial."

FUNDAMENTO(S) DEL AUTO:

"El Título VII (Parte Segunda) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se ocupa de los mecanismos de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, denominados extensión de la Jurisprudencia y Mecanismo eventual de Revisión (artículos 269 a 274). En el artículo 271, el Código preceptúa:

"Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos."

Del artículo transcrito se derivan los siguientes requisitos:

- Procede de oficio, a solicitud de parte o del Ministerio Público, o por remisión de las Secciones o Subsecciones o de los Tribunales.
- La solicitud debe contener una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y fundamentarse en i) razones de importancia jurídica, ii) trascendencia económica o social o iii) necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial.
- El asunto debe encontrarse pendiente de fallo.
- Si el proceso proviene del Tribunal, debe ser de única o de segunda instancia.

Sobre el mecanismo de extensión de la Jurisprudencia, esta Corporación ha señalado que:

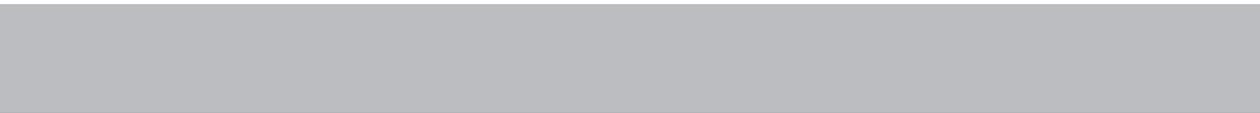
"El mecanismo de extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado fue consagrado en la Ley 1437 de 2011 para cumplir varias finalidades, como por ejemplo: i) lograr una aplicación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico; ii) contribuir a la materialización de la igualdad frente a la ley y de la igualdad de trato por parte de las autoridades administrativas y judiciales; iii) garantizar principios de la función administrativa como la eficacia, economía, celeridad e imparcialidad; iv) contribuir a disminuir la congestión que aqueja a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre otras".

DECISIÓN:

"RECHÁZASE la solicitud de sentencia de unificación jurisprudencial presentada por José Heliodoro Contreras Rubio".

OBSERVACIONES: No hay observaciones.

SALVAMENTO DE VOTO o ACLARACIÓN DE VOTO: No se presentaron por tratarse de un auto de ponente.



CAPÍTULO 3

Presentación de Resultados: Análisis Estadístico



1. FUENTES CONSULTADAS

Fuentes consultadas

Las fuentes consultadas para el desarrollo de la presente investigación corresponden a las relaciones jurisprudenciales suministradas por la Secretaría General del Consejo de Estado y las Secretarías de las Secciones que integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Así mismo, se acudió al Sistema de Búsqueda de Jurisprudencia de la Relatoría del Consejo de Estado disponible en el sitio web institucional: www.consejodeestado.gov.co

Es importante advertir que el grupo de investigación observó un margen de variación de la información, según la fuente de su recaudo, debido a la multiplicidad de criterios bajo los cuales se registran las actuaciones judiciales. Por esta razón, se seleccionaron las sentencias que expresamente fueron consideradas como de unificación de jurisprudencia, para elaborar las fichas que se publican, con la incorporación textual de su contenido, sin perjuicio de condensar en una sola aquellas que tuvieran el mismo sentido de la decisión.

Ubicación temporal

Esta investigación se desarrolló en el periodo comprendido entre el 2 de julio de 2012 y el 31 de diciembre de 2017.

2. RESULTADOS GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN

Total sentencias sobre unificación de jurisprudencia y de recursos extraordinarios	370
RER	120
REUJ	38
SEJ	89
SU	70
MER	53

RER: Recurso Extraordinario de Revisión

REUJ: Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia

SEJ: Solicitud de Extensión de Jurisprudencia

SU: Sentencia de Unificación

MER: Mecanismo Eventual de Revisión

3. CLASIFICACIÓN DE LOS RESULTADOS GENERALES

Clasificación	Total	Total sentencias sobre unificación de jurisprudencia y de recursos extraordinarios
RER	120	1
REUJ	38	0
SEJ	89	8
SU	-	70
MER	53	2
	370	81

RER: Recurso Extraordinario de Revisión

REUJ: Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia

SEJ: Solicitud de Extensión de Jurisprudencia

SU: Sentencia de Unificación

MER: Mecanismo Eventual de Revisión

4. FICHAS DE LA INVESTIGACIÓN

Clasificación	Total	SÍ	NO
RER	6	1	5 ¹
REUJ	4	-	4 ²
SEJ	5	5 ³	-
SU	70	70	-
MER	3	2	1 ⁴
	88		

¹ (RER). Recursos Extraordinarios de Revisión: se relacionan 5 decisiones que resumen las 119 desfavorables.

² (REUJ) Recursos Extraordinarios de Unificación de Jurisprudencia: se presentan 4 decisiones que resumen las 38 desfavorables.

³ (SEJ) Solicitudes de Extensión de Jurisprudencia: se enuncian 5 decisiones que incorporan las 8 favorables.

⁴ (MER) Mecanismo Eventual de Revisión: se presenta 1 decisión que resume las 51 desfavorables.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

ISBN: 978-958-8857-99-2



9 789588 885799 2