



REPÚBLICA DE COLOMBIA

BOLETÍN  
MARZO  
2017

# El Tribunal Informa



CONTENIDO	Pag.
PRESENTACIÓN	1
SECCIÓN PRIMERA	2
SECCIÓN SEGUNDA	13
SECCIÓN TERCERA	27
SECCIÓN CUARTA	38
NOTICIAS DESTACADAS	46
EDICIÓN Y PUBLICACIÓN	61

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

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

## JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA



## SECCIÓN PRIMERA



**MEDIO DE CONTROL PROTECCIÓN DE LOS INTERESES Y DERECHOS COLECTIVOS / UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA – Derecho a la Prestación Eficiente y oportuna de Servicios Públicos – Derecho a la Prevención de desastres previsibles - Defensa al Patrimonio Público.**

**Síntesis del caso:** Se centra en determinar, la presunta violación de los derechos colectivos a la comunidad educativa, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Colombia.

**Extracto:** “El artículo 2º inciso 2º de la Ley 472 de 1998, expedida en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. Los derechos colectivos se relacionan con la defensa de intereses comunitarios y difusos, que se oponen a las autoridades públicas y a los particulares, a través de la exigencia de deberes de dar, hacer o no hacer. El Consejo de Estado ha definido los intereses colectivos como *“intereses de representación difusa, en la medida en que suponen la reivindicación de derechos cuyo titular es un grupo de personas que, en principio, puede ser indeterminado o indeterminable.* **Defensa al Patrimonio Público.** El Máximo Tribunal de lo contencioso en sentencia del dos (2) de diciembre de dos mil trece (2013) C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, ha dado el siguiente tratamiento al concepto de patrimonio público: *“Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales.(...) En ese sentido, como lo ha precisado la jurisprudencia, el alcance de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4º de la Ley 472, naturalmente incluye los bienes inmateriales y los derechos e intereses que si bien no son susceptibles de propiedad por parte del Estado, existen cuya protección el sujeto está llamado a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos en términos de mantener su integridad y de su uso en forma eficiente. **Derecho colectivo a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna (...): Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.** Conforme al precepto anterior, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y es deber del mismo asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, los que están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y, según lo dispone el artículo 366 de la carta magna, están encaminados a procurar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. *“Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad (...) **El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.** Según lo dicho por el H. Consejo de Estado en sentencia del ocho (8) de junio dos mil once (2011) C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente pretende garantizar que la sociedad no este expuesta a padecer posibles o inminentes alteraciones de las condiciones normales de vida o daños graves causados *“por fenómenos naturales y efectos catastróficos de la acción accidental del hombre, que demanden acciones preventivas, restablecedoras, de carácter humanitario o social, constituyéndose en un derecho de naturaleza eminentemente preventiva”.* Así con base en el material probatorio que obra en el expediente y que fue analizado anteriormente, la Sala considera que al momento de proferir esta sentencia no existe una amenaza a los derechos colectivos a la defensa del patrimonio cultural de la nación, el acceso a una infraestructura, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, en tanto, como se ha probado en el proceso,(...) En este orden de ideas no existe vulneración a los derechos colectivos invocados, razón por la cual se negarán las suplicas de la demanda.”(Negrillas de la Sala.)**



**SENTENCIA DEL 02 MARZO DE 2013. Exp 25000-23-41-000-2015-02548-00, SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN “A”, MP. Dra. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO - PRIMERA INSTANCIA.**

## SECCIÓN PRIMERA



**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESPONSABILIDAD FISCAL – Medida cautelar de urgencia – La responsabilidad fiscal fin jurídico independiente y distinto del proceso penal – Auto imputación responsabilidad fiscal – Favorabilidad y presunción de inocencia / CONTROL FISCAL EXCEPCIONAL / EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Daño Patrimonial – Muerte inculpaado proceso responsabilidad fiscal – Responsabilidad solidaria.**

**Síntesis del caso:** Se centra en determinar, si los Actos Administrativos demandados que declararon Responsabilidad Fiscal se encuentran ajustados a Derecho o si por el contrario se declarará su nulidad.

**Extracto:** “(...) la Sala advierte que seguirá el parámetro adoptado por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, que en auto del 4 de diciembre de 2016, decidió revocar la medida cautelar concedida por el Despacho ponente, considerando: *“La Sala no comparte la decisión del Tribunal porque los procesos de responsabilidad fiscal y penal buscan fines jurídicos distintos. (...) Por lo tanto, son procesos independientes, autónomos y lo decidido en uno no necesariamente influye en la decisión que se vaya a tomar en el otro.* (...)” Por tal motivo, el que se haya proferido el aludido archivo de la investigación penal, no limitará el pronunciamiento de esta Corporación respecto de la revisión de legalidad de los actos mediante los cuales se declaró al demandante como responsable fiscal. Esta Subsección en sentencia del 10 de noviembre de 2016, precisó: *“Sobre el particular, la Sala pone de presente que la postura tomada en la sentencia de 27 de mayo de 2010 fue rectificada por la Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015, en donde se dijo que el control fiscal excepcional lo podrá avocar la Contraloría General de la República respecto no sólo de las cuentas de las entidades territoriales sino también de las entidades que la conforman, incluyendo las del sector descentralizado por servicios, (...) El artículo 267 inciso 3º de la Constitución Política dispone: “De la Contraloría General de la República. (...) La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial”. (subraya fuera de texto)(...) “El control de excepción que establece la norma acusada, no puede referirse a los dineros que transfiere la Nación a cualquier título a las entidades territoriales...”, (...) Conforme a lo anterior, se debe tener en consideración lo previsto en el parágrafo 1º del artículo 68 de la Ley 489 de 1998, norma que contempla que lo previsto en dicha Ley para las entidades descentralizadas del orden nacional igualmente resulta aplicable al sector descentralizado de las entidades territoriales, por lo que, siendo la Industria de Licores del Valle una empresa industrial y comercial de nivel territorial (...) resulta claro para la Sala que esta última entidad se encontraba facultada para su ejercicio, no prosperando el cargo”* (negrilla fuera del texto). En ese orden la Sala, acogiendo las posturas jurisprudenciales adoptadas por las dos subsecciones que conforman la Sección primera de esta Corporación, concluye para el caso concreto que la naturaleza jurídica de la Industria de Licores del Valle, como empresa industrial y comercial del departamento, no significa que no sea sujeto de control excepcional (...) (...) el auto por el cual se hace la imputación de la responsabilidad fiscal, procede cuando se demuestre objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan pruebas que ofrezcan serios motivos que comprometan la responsabilidad fiscal de los implicados; (...) De conformidad con lo anterior, para la Sala es claro que tanto el auto de imputación, como los fallos de responsabilidad fiscal en primera y segunda instancia, guardan coherencia, en el entendido en que el daño patrimonial se dirige respecto de los cuestionamientos a la ejecución del contrato (...) (...) en lo que tiene que ver con la responsabilidad fiscal solidaria imputada al demandante, se observa que en el fallo de responsabilidad fiscal de segunda instancia, tal determinación fue, adoptada teniendo por funda -



## SECCIÓN PRIMERA

mento el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, que establece: “**ARTÍCULO 119. SOLIDARIDAD.** (...)Esta norma fue objeto de revisión en sede de control de constitucionalidad por la H. Corte Constitucional, que en sentencia C-338 de 2014 consideró: “*En consecuencia, la solidaridad que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto(...)* **El fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.(...)** al presunto desconocimiento del principio de favorabilidad al cambiar de forma inconsulta el título de la imputación de dolo a culpa grave, (...) (...) la Sala evidencia la existencia del daño al patrimonio del Estado consistente en los recursos dejados de percibir por parte del Departamento y de la Industria de Licores del Valle por concepto del plan de degustaciones que fueron puestas a consideración de la Junta Directiva por el Gerente General de la compañía, hoy demandante(...), generó un detrimento al patrimonio al verse disminuidos los tributos generados por la distribución(...) (...)se encuentran acreditados los tres elementos que constituyen la responsabilidad fiscal,(...)(...)motivo suficiente para desestimar los argumentos del cargo propuesto por la parte actora.(...) la Sala acoge en su integridad el criterio ya adoptado en la sentencia ya citada del 10 de noviembre de 2016, en la que se refirió: “*Del contenido del cargo, se encuentra con claridad que a través del mismo se pretende cuestionar la legalidad del Auto mediante el cual cesó la acción fiscal adelantada contra el señor... por haber fallecido el mismo antes de proferir fallo, al considerar que debió en realidad la Contraloría vincular a sus herederos y terceros indeterminados que se pudieran ver afectados con el fallo de responsabilidad fiscal.(...)serán citados y emplazados a sus herederos con quienes se seguirá el trámite del proceso y quienes responderán hasta su participación en la sucesión, lo alegado por el actor no tiene que ver con los derechos del demandante, por cuanto la nulidad alegada debe ser invocada por los afectados. No prospera el cargo*” (negrilla fuera del texto).(...) En el caso concreto, como se verificó en el cargo identificado con el literal “D”, existió un daño patrimonial, causado con ocasión de la contribución del demandante en su calidad de gestor fiscal, circunstancia por la que la entidad demandada, de forma adecuada le atribuyó responsabilidad fiscal a título de culpa grave.En virtud de la comprobación de los tres elementos (daño patrimonial, conducta y nexo causal), se verificó entonces la responsabilidad fiscal en la que incurrió el actor, (...) En lo que tiene que ver con las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, la Ley 489 de 1998 en su artículo 85 preceptúa: “*Artículo 85.- Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado,(...)* (...)la Sala recoge las consideraciones dadas en la sentencia del 10 de noviembre de 2016, respecto del cargo de nulidad que el demandante en ese proceso endilgó respecto a la indebida aplicación de la responsabilidad fiscal solidaria, en los actos administrativos que también se demandan en el proceso de la referencia. En su oportunidad, esta Sala afirmó:(...) La Sala entiende de igual manera que el principio de favorabilidad como elemento fundamental del debido proceso, también tiene aplicabilidad para el proceso de responsabilidad fiscal. Así lo dispuso la H. Corte Constitucional en sentencia de unificación, al señalar: “*El proceso de responsabilidad fiscal, atendiendo su naturaleza jurídica y los objetivos que persigue, presenta las siguientes características:(...)(...)*la Sala se remite a las consideraciones dadas en el cargo anterior, y en el identificado en el literal “d”, para significar que las pruebas obrantes en el proceso, acreditan sin lugar a duda la responsabilidad del actor a título de culpa grave, por contribuir en el acaecimiento del detrimento ocasionado al patrimonio del Estado con ocasión de los planes promocionales que ejecutó la Industria Licorera del Valle durante las vigencias 2008, 2009 y 2010”.

**SENTENCIA DEL 23 MARZO DE 2013, Exp 250002341000201400287-00, SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCION “A”, MP. Dra. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO - PRIMERA INSTANCIA.**



## SECCIÓN PRIMERA

### MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / RÉGIMEN CARRERA ADMINISTRATIVA – Carrera Diplomática y Consular – Alternación – Disponibilidad – Comisión – PROVISIONALIDAD.

**Síntesis del caso:** Se centra en determinar, si el nombramiento en provisionalidad de la demandada, como Ministro Plenipotenciario en la planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores, procede declaración de nulidad.

**Extracto:** “(...) Sobre el acceso al servicio público, la H. Corte Constitucional en sentencia C- 431 del 02 de junio de 2010, consideró: “El sentido de esta previsión consiste en garantizar, de una parte, la igualdad de oportunidades de los trabajadores para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas -tal y como ello se establece en los artículos 40 y 53 de la Carta Política-. De otra parte, en asegurar: (i) la protección de los derechos subjetivos de los trabajadores a la estabilidad y permanencia en el cargo; (ii) los beneficios propios de la condición de escalonado; (iii) el sistema de retiro del cargo. También busca lograr que (iv) la función pública se ejerza de manera eficiente y eficaz. De esta manera, es “precisamente el rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto) el que determina el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución”. (...) (...) resultan vulnerados cuando quiera que el ordenamiento jurídico que la regula “pierde de vista el **mérito** como criterio de selección y sostén del empleo, o cuando ignora la **estabilidad** de éste como presupuesto indispensable para que el sistema opere”. (Énfasis en el texto original) (...) (...) por consiguiente, en principio, los cargos de los órganos y entidades del Estado deberán proveerse conforme a lo estipulado por la Ley 909 de 2004, mediante “(...) la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, norma que define la Carrera Administrativa, (...) **Del Servicio Exterior y la Carrera Diplomática y Consular.** El Decreto 274 de 2000 “Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular”, (...) (...) Así, la Carrera Diplomática y Consular constituye un sistema específico, y una Carrera especial jerarquizada, que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, fundada en el mérito. Así, las situaciones administrativas especiales de sus funcionarios, tales como el régimen de alternación, de comisiones, disponibilidad y condiciones laborales especiales, (...) (...) El ascenso dentro de la Carrera Diplomática y Consular es la promoción a la categoría superior inmediatamente siguiente dentro de la estructura jerárquica o escalafón de ella, (...) (...) y para ascender en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, el funcionario escalafonado debe cumplir los siguientes requisitos (...) La Alternación, consistente en el cumplimiento de actividades propias de la misión y de las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, por los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular, con lapsos de alternación entre su servicio en Planta Externa y su servicio en Planta Interna, (...) La Disponibilidad, es la situación administrativa en la que se encuentra un funcionario de la Carrera Diplomática y Consular que se margina transitoriamente, y por su propia voluntad del desempeño de un cargo (...) La comisión, es la designación o la autorización al funcionario perteneciente a la Carrera Diplomática y Consular, para desempeñar transitoriamente cargos o (...) La Provisionalidad, cuando se designan en cargos de Carrera Diplomática y Consular, por virtud del principio de especialidad, a personas que no pertenezcan a ella, (...) (...) al momento del nombramiento objeto de la presente controversia, tal funcionario de carrera se encontraba disponible, cumpliendo así con todos los requisitos para proveer a su favor el cargo de Ministro Plenipotenciario (...). En consecuencia las súplicas de la demanda prosperan, motivo por el cual se declarará la nulidad del Decreto N° 2403 del 11 de diciembre de 2015, por el cual se nombró provisionalmente a la señora... en el cargo de Ministro Plenipotenciario, ... Planta Global del Ministerio de Relaciones Exteriores, adscrito a la embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Azerbaiyán.”

**SENTENCIA DEL 02 MARZO DE 2013, Exp 25 000 23 41 000 2016 00108 00, SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCION “A”, MP. Dra. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO -**



## SECCIÓN PRIMERA

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. / CADUCIDAD FACULTAD SANCIONATORIA – Plazo para proferir y notificar el acto administrativo sancionatorio – Confirma parcialmente.**

**Síntesis del caso:** La Sala procede a decidir el recurso de alzada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad de Bogotá.

**Extracto:** “Dentro de la actuación administrativa sancionatoria adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de los actos administrativos con los cuales resolvió sobre los recursos de reposición y en subsidio apelación porque la notificación de los mismos ocurrió después del año ...La Ley 1437 de 2011 sobre la caducidad de la facultad sancionatoria, establece lo siguiente: **"Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria.** Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho,... De la sola lectura de la norma se infiere que es claro que la administración cuenta con tres (3) años para proferir el acto administrativo sancionatorio y notificarlo. Si transcurrido el plazo señalado la administración no ha cumplido con lo dispuesto en la norma, esta perderá la competencia para expedirlo y en efecto, el acto administrativo que posteriormente profiera estará viciado de nulidad.(...) , la Sala ya ha señalado que como la notificación es la actuación que le otorga fuerza vinculante al acto administrativo, debe entenderse que es desde ese momento en que empieza a generar efectos jurídicos, y por tanto, es oponible al interesado. (...)el H. Consejo de Estado ha dicho lo siguiente: *"Ahora bien: tanto vale no dictar el acto como dictarlo durante el término del silencio y no notificarlo o notificarlo con posterioridad, pues mientras el interesado desconozca su existencia le es inoponible, es decir, el acto no surte efectos y en consecuencia, el titular puede disfrutar de los derechos derivados del silencio positivo o acudir ante el juez en el caso del silencio negativo"* (subrayado fuera del texto). Por último, para la Sala, la aplicación de la consecuencia prevista en el artículo 52 de la ley 1437 del 2011 es de naturaleza especial, se aplica de manera supletiva exclusivamente para los procesos sancionatorios, y, por lo tanto, no requiere de la protocolización en escritura pública de la afirmación bajo juramento(...)El inciso 1º del artículo 85 de la Ley 1437 de 2011 dispone(...) (...) **No es del caso exigir la protocolización del silencio administrativo positivo en materia sancionatoria, por cuanto ello conlleva una carga procesal adicional a la reclamada por el legislador.** En esa hipótesis, el Consejo de Estado dijo lo siguiente(...) **se encuentra la Sala frente a un debate de naturaleza legal que solo puede ser discutido y dirimido en sede del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por ser éste el escenario propio para definir (i) sobre la legalidad de la sanción impuesta a la sociedad actora y, de contera, (ii) si el silencio positivo administrativo se configuró o no, para lo cual es menester analizar la normatividad que gobierna dicha figura.**” No comparte esta Sala la posición del juez de primera instancia sobre la orden impartida a la Superintendencia de Industria y Comercio de reconocer los efectos del silencio administrativo positivo y en efecto proceder a revocar la Resolución 3620 de 31 de enero de 2013 toda vez que al configurarse la falta de competencia de la entidad demandada para proferir las resoluciones con las cuales se resolvieron los recursos de reposición y en subsidio apelación, la resolución sancionatoria debe entenderse revocada tal y como se explicó en líneas anteriores. Por esa razón se dispondrá revocar el numeral 2º de la sentencia impugnada para en su lugar disponer, por parte de esta Corporación, la consecuencia legal que surge como consecuencia de la anulación de los actos administrativos demandados, que no es otra que la prevista por el legislador, como es la de entender como revocado el acto administrativo objeto de impugnación.” (Resaltado Sala).

**SENTENCIA DEL 02 MARZO DE 2013, Exp 110013334003201300035-01, SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCION “A”, MP. Dr. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA – SEGUNDA INSTANCIA.**



## SECCION PRIMERA

### ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRODUCTORA DE PAPEL S.A. Y OTROS / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Servicios inherentes en desarrollo de un contrato de prestación de servicios públicos / DECLARA PROBADA EXCEPCIÓN INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN.

**Síntesis del caso:** Se centra en determinar, la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que el acto demandado es de carácter general y regulatorio.

**Extracto:** “(...) La parte actora pretende la declaración de nulidad de la Resolución no. 041 de 2010 por medio de la cual la CREG reguló unas medidas de racionamiento de suministro de gas decretadas previamente por el Ministerio de Minas y Energía y, a título de restablecimiento del derecho solicitó la devolución de las sumas de dinero pagadas por las sociedades demandantes por concepto de un sobrecosto en el suministro de gas. Los principales problemas jurídicos a dilucidar consiste en determinar si en el presente caso es procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho teniendo en cuenta que el acto administrativo demandado es de carácter general y regulatorio y, según el caso, establecer si la expedición del acto cumplió los requisitos procesales dispuestos en la. la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene un elemento objetivo consistente en que el derecho que se invoca como vulnerado debe ser el resultado o efecto directo de la ilegalidad del acto demandado, *contrario sensu*, si la vulneración del derecho no emana directamente de la ilegalidad del acto general demandado sino de otro acto particular que se profiera en aplicación de aquel acto general se considera que esa falta de conexión o intermediación torna en improcedente la acción. El Consejo de Estado en providencia del 10 de agosto de 1961(Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, CP Carlos Gustavo Arrieta, providencia de 10 de agosto de 1961.) consideró que la procedencia de las acciones contencioso administrativas no dependían de la naturaleza o contenido del acto impugnado, esto es, de su carácter general o particular sino, de los móviles y finalidades señalados en la ley para cada una de tales acciones, en los siguientes términos: “No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación [hoy acción de nulidad simple]. El criterio a seguir para apreciar su procedencia es el que imponen esos mismos preceptos. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia. En los artículos 62 a 66 se repite insistentemente que "los motivos" que dan oportunidad a su ejercicio son la violación de la Constitución, de la ley y de las otras disposiciones superiores de derecho. (...) Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción. Es presumible esta similitud de causas y objetivos cuando se acciona por la vía del contencioso de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva que afecta directamente a toda la comunidad y lesionan los derechos de todos en el presente y en el futuro. El posible, interés que anime al demandante se diluye en el interés general de la sociedad. Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares. **En este evento, el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico, y sólo afecta directa e inmediatamente a determinada persona. De esta manera, en el precepto comentado se señala como motivo determinante de la acción de plena jurisdicción [hoy acción de nuli-**

## SECCION PRIMERA



lidad y restablecimiento del derecho], el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, pero solo en cuanto ampara una situación jurídica subjetiva, la ley entáblese así el linderó preciso de los dos contenciosos. Dentro de ese orden de ideas, se indica que la finalidad de la acción de plena jurisdicción es la de obtener el restablecimiento del derecho a través de la declaración de anulación.(...)Ya no hay un sencillo cotejo entre el precepto trasgredido y el acto transgresor, porque entre esos extremos se interpone el derecho subjetivo lesionado, cuya reparación constituye el objetivo esencial del recurso. Ese tercer elemento torna la simple violación en violación compleja, y la simple nulidad en nulidad con restablecimiento. (negrillas adicionales)

... procede la Sala a analizar el carácter de la Resolución 041 de 2010 expedida por la CREG como acto administrativo demandado y, posteriormente, establecer si sus efectos afectaron de manera directa algún derecho subjetivo de las sociedades demandantes. En ese sentido se tiene que la Resolución 041 de 2010 es el desarrollo regulatorio de la Resolución 18-1686 de 2009 por medio de la cual el Ministerio de Minas y Energía declaró el inicio de un racionamiento del servicio público domiciliario de gas natural y, para tales efectos decretó una medida de sustitución de gas por combustibles líquidos; con el propósito de compensar el mayor costo que se generaría al productor-comercializador el ministerio dispuso que *“el mayor costo en que incurran los productores-comercializadores de gas natural por concepto del suministro y transporte de los combustibles líquidos que entrarían a sustituir gas natural, será reconocido a estos productores. Para tal efecto, la CREG definirá las modificaciones a que haya lugar en el costo de prestación del servicio, ocasionadas por dicha sustitución”*. En observancia de lo dispuesto por el Ministerio de Minas y Energía la CREG profirió la Resolución 136 de 2009 la cual fue modificada por la Resolución 041 de 2010 (acto demandado) en los siguientes términos:... Es fundamental resaltar que a partir de la expedición de la Resolución 041 de 2010 no se alteró la situación jurídica de las sociedades demandantes ya que este acto por sí solo es insuficiente para establecer una obligación clara, expresa y exigible en

contra de las sociedades demandantes en favor de los productores-comercializadores de gas, es decir que no genera un efecto directo y concreto que implique la vulneración de los derechos patrimoniales de cada una de las sociedades demandantes, ... De conformidad con lo expuesto el acto acusado es de carácter general y abstracto que no afectó una situación jurídica patrimonial de manera directa e inmediata a las sociedades demandantes, cualquier efecto que pudo tener el acto dependió de que este se les aplique de manera específica lo cual solo es posible mediante otros actos o decisiones posteriores de la autoridad competente.(...) En esa perspectiva, para la Sala está probada la excepción de indebida escogencia de la acción por cuanto la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es improcedente frente a actos administrativos de carácter general que no afectan de manera directa una situación jurídica particular. Conclusión. En tales condiciones por encontrarse probada la excepción propuesta por la entidad demandada consistente en indebida escogencia de la acción, la Sala se inhibirá de pronunciarse de fondo sobre la legalidad del acto demandado (...)

**SENTENCIA DEL 16 MARZO DE 2017, Exp 250002324000-2010-00472-01 -250002324000-2010-569-01, SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCION B, MP. Dr. FREDY IBARRA MARTÍNEZ - PRIMERA INSTANCIA.**

## SECCIÓN PRIMERA

### ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE – falta de legitimación en la causa por pasiva – INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN – Caducidad de la acción.

**Síntesis del caso:** Decide la Sala, solicitud de declaración de nulidad de las resoluciones que ordenaron la expropiación administrativa de inmueble en la ciudad de Bogotá.

**Extracto:** “... Los actos administrativos demandados fueron expedidos por el Instituto Distrital de Desarrollo Rural (IDU) y versan sobre un procedimiento de expropiación administrativa, de un específico inmueble ubicado en la avenida calle 13 # 68-40 de la ciudad de Bogotá. En ese sentido se debe analizar la naturaleza jurídica del IDU en orden a establecer si puede acudir directamente a este proceso o lo debe realizar a través de la entidad territorial, esto es Bogotá DC. 2) El IDU fue creado por el concejo distrital de Bogotá mediante el Acuerdo 19 de 1972 como establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Corolario de lo anterior el IDU es una entidad descentralizada por servicios del orden distrital cuya naturaleza y características de establecimiento público están descritas en la Ley 489 de 1998 en los siguientes términos: **“Artículo 70°.- Establecimientos públicos.** Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características: **a. Personería jurídica;** **b. Autonomía administrativa y financiera;** **c. Patrimonio independiente, (...)** **“Artículo 71°.- Autonomía administrativa y financiera.** La autonomía administrativa y financiera de los establecimientos públicos se ejercerá conforme a los actos que los rigen y en el cumplimiento de sus funciones, se ceñirán a la ley o norma que los creó o autorizó a sus estatutos internos; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos.... Por tal razón se impone declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de Bogotá DC en atención a que no expidió los actos acusados y, además, porque el IDU es una entidad con personería jurídica que tiene capacidad jurídica para comparecer directamente al proceso.(...) **Indebida escogencia de la acción...** cuyo control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo está descrito en la Ley 388 de 1997 con el siguiente tenor: **“Artículo 71°.- Proceso contencioso administrativo. Contra la decisión de expropiación por vía administrativa procede acción especial contencioso-administrativa con el fin de obtener su nulidad y el restablecimiento del derecho lesionado, o para controvertir el precio indemnizatorio reconocido, la cual deberá interponerse dentro de los cuatro meses calendario siguientes a la ejecutoria**

**de la respectiva decisión.** El proceso a que da lugar dicha acción se someterá a las siguientes reglas particulares (...) (negrillas adicionales). De conformidad con lo anterior la Sala considera que en este proceso están de por medio los intereses particulares y los derechos subjetivos de unos arrendatarios que presuntamente se vieron afectados por los actos administrativos que ordenaron la expropiación, situación está que ameritaba que la acción a interponer fuera la acción especial prescrita en el artículo 71 de la Ley 388 de 1997 de nulidad y restablecimiento del derecho y no la acción de simple nulidad del artículo 84 del CCA (Decreto-ley 01 de 1984). Es así como el Consejo de Estado en providencia del 10 de agosto de 1961 (Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, CP Carlos Gustavo Arrieta, providencia de 10 de agosto de 1961.) consideró que la procedencia de las acciones contencioso administrativas no dependían de la naturaleza o contenido del acto impugnado, esto es, de su carácter general o particular sino, de los móviles y finalidades señalados en la ley para cada una de tales acciones, en los siguientes términos:... ***De los preceptos en cita se colige que los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación [hoy acción de nulidad simple] son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo.(...)Es presumible esta similitud de causas y objetivos cuando se acciona por la vía del contencioso de anulación contra actos impersonales y abstractos, (...)*** **El posible, interés que anime al demandante se diluye en el interés general de la sociedad. Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares.(...)(negrillas adicionales).(...** En esa perspectiva en cuanto a la procedencia de la acción de nulidad simple la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que por su naturaleza esta procede *per se* únicamente en contra de actos generales y, por excepción, en contra de actos de carácter particular cuando la eventual declaración de anulación no implique el restablecimiento automático de un derecho subjetivo. En efecto, el alto tribunal(Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, CP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, providencia de 23 de agosto de dos mil 2012, expediente no. 25000-23-27-000-2011-00218-01 (19130). (...)**La restauración del orden jurídico en abstracto puede implicar el restablecimiento de derechos vinculados directamente al interés público y no de derechos vinculados a la esfera patrimonial de quien no demandó en la acción pertinente y de manera oportuna. Si el restablecimiento de derechos subjetivos fuere automático, por el solo efecto de la nulidad, la acción de simple nulidad no procede, a menos que se hubiere interpuesto a tiempo para tramitarse como acción de nulidad y restablecimiento del derecho. (...)(...)En ese orden, de advertirse que con la declaración de nulidad del acto administrativo surgirá automáticamente el restablecimiento del derecho subjetivo afectado, la acción de simple nulidad resulta improcedente, a menos que haya sido interpuesta oportunamente.”** (negrillas de la Sala). Según los lineamientos jurisprudenciales del Consejo

## SECCIÓN PRIMERA

de Estado no es procedente la acción de nulidad simple para acusar de ilegal actos administrativos de carácter particular cuando la eventual anulación conlleve de manera automática (...) Desde esa perspectiva encuentra la Sala que en el presente asunto los demandantes en calidad de arrendatarios del inmueble expropiado pretenden la declaración de nulidad de las resoluciones que ordenaron la expropiación, lo que conllevaría necesaria y automáticamente que se restablecieran sus derechos subjetivos de carácter patrimonial(...) En ese contexto es dable llegar a la conclusión de que la demanda tiene, en el fondo, la finalidad de que se ampare el derecho subjetivo particular de los arrendadores, el cual consistente en reanudar sus actividades comerciales en los establecimientos de comercio que explotaban en el inmueble expropiado situación que torna en improcedente la acción de simple nulidad, máxime cuando el artículo 71 de la Ley 388 de 1997 dispone que contra los actos de expropiación administrativa procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de caducidad de cuatro meses; (...) Corolario de lo expuesto, se encuentra probada la excepción propuesta por el IDU de indebida escogencia de la acción.(...) En tales condiciones no hay lugar a realizar un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones de la demanda porque la acción ejercida de simple nulidad no es el mecanismo procesal indicado según el ordenamiento jurídico para enjuiciar actos administrativos de expropiación administrativa, por ende, resulta del caso declarar probada la excepción de indebida escogencia de la acción...”

**SENTENCIA DEL 23 DE MARZO DE 2017, Exp. 250002324-000-2012-00572-00, SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN B, MP. Dr. FREDY IBARRA MARTÍNEZ - PRIMERA INSTANCIA.**



## SECCIÓN PRIMERA

**MEDIO DE CONTROL NULIDAD ELECTORAL – Veeduría ciudadana recursos sagrados / NULIDAD ACTO DE ELECCIÓN DIPUTADA / INHABILIDAD POR INCURRIR EN DOBLE MILITANCIA POLÍTICA – Cargo de dirección gobierno, administración o control / APOYO DE CANDIDATOS DIFERENTES AL INSCRITO POR LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA.**

**Síntesis del caso:** La Sala procede a determinar, si se debe decretar la nulidad de la elección a través de la cual se declaró como diputada electa, de la Asamblea de Cundinamarca por el partido político Cambio Radical, por encontrarse presuntamente incurso en una doble militancia política.

**Extracto:** “(...) el problema jurídico principal, consiste en determinar si se debe decretar la nulidad de la elección contenida en el Formulario de Resultado de Escrutinio E - 26 ASA emitida el 6 de noviembre de 2015, a través de la cual se declaró como diputada electa de la Asamblea de Cundinamarca a... por el partido político Cambio Radical, por encontrarse presuntamente incurso en una doble militancia política. (...) . **La doble militancia en el ordenamiento jurídico colombiano.** La doble militancia en el ordenamiento jurídico colombiano tiene como fundamento constitucional el artículo 107, en el cual se dispuso que si bien existe la libertad de afiliación a los partidos y movimientos políticos, se establece también que en ningún caso se le permitirá a ningún ciudadano pertenecer a más de uno de estos, así: **“ARTICULO 107.** <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2009.(...). Posteriormente, con el surgimiento de la Ley 1475 de 2011 “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, ...”, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se vieron en la necesidad de reconocer que el legislador extendió la figura de la prohibición de la doble militancia no solo para los partidos o movimientos con personería jurídica sino también a aquellos que no la tienen, esto es, la Ley Estatutaria fue más estricta al cobijar la mera pertenencia de los ciudadanos a más de un partido o movimiento político.( Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 7 de febrero de 2013, C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia, Exp. 2012-00026) ...De esta forma, la doble militancia surgió con la finalidad de fortalecer la democracia participativa y la estructura de los partidos y movimientos políticos,(...)La Corte Constitucional en su sentencia C - 490 de 2011, consideró que “...tanto las agrupaciones políticas con personería jurídica o sin ella, están habilitadas para presentar candidatos a elecciones, las segundas supeditadas al apoyo ciudadano a través de firmas.(...)frente a lo cual el Consejo de Estado avaló esa postura señalando que “...antes de la vigencia de la Ley 1475 de 2011 y con ello, de la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-490 de 2011, la figura de la doble militancia, según el texto constitucional y para la jurisprudencia de esta Corporación, comportaba únicamente la prohibición de “pertenecer a más de un par-

tido o movimiento político con personería jurídica,(...) Concretamente la Ley 1475 de 2011, en su artículo segundo dispuso: **“ARTÍCULO 2o. PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA.** <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. (...) (...) iv) Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: “Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control,...no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados.(...), deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.” ... (...)La demandada ostenta un cargo de dirección, gobierno, administración o control, dentro de su partido político - Cambio Radical, o haya sido o estuviere aspirando a ser elegida a un cargo de elección popular. (...) Conducta: Apoyar candidatos diferentes a los inscritos al partido o movimiento político al que está afiliado - Partido Político Cambio Radical La conducta analizada en el presente caso comporta el apoyo a un candidato distinto al inscrito por la organización política a la que se encuentra afiliada el sujeto descrito con anterioridad, que en este caso es la señora..., afiliada al Partido Político Cambio Radical,...(...) de las pruebas referidas y obrantes en el proceso, se tiene como acreditado que i) el apoyo partidario de Cambio Radical al señor... como candidato a la gobernación de Cundinamarca, con ocasión de la coalición de la que hizo parte, nunca fue retirado o revocado,(...)Por tal razón, la Sala concluye que se encuentran reunidos los requisitos o elementos legales establecidos en la causal de doble militancia invocada por el demandante,... la Sala accederá a las pretensiones de la demanda, toda vez que el sustento fáctico y jurídico invocado tiene vocación de prosperidad. (...)En consecuencia se declarará la nulidad de la elección de la señora... como diputada de la Asamblea Departamental de Cundinamarca para el periodo 2016 - 2019, contenido en el Formulario de Resultado de Escrutinio E - 26 ASA del 6 de noviembre de 2015 y en consecuencia, se ordenará la cancelación de la credencial que la certifica como diputada ...” (Negrillas y Subrayado del documento original).



**SENTENCIA DEL 09 MARZO DE 2017, Exp. 250002341000 2015 02781 00 – SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCION B, MP. Dr. MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN – PRIMERA INSTANCIA.**

## SECCIÓN PRIMERA

### CONFLICTO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS / CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS (DEPARTAMENTALES Y DISTRITALES) – Facultad de apelación que ostenta el ciudadano / ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE FIJAN CAUCIÓN DE SERVIDUMBRE MINERA.

**Síntesis del caso:** La Sala procede al estudio del conflicto negativo de competencia administrativa, con el objetivo de determinar la autoridad competente para conocer, tramitar y resolver el recurso de apelación en contra de la caución interpuesta por la ALCALDÍA LOCAL DE CIUDAD BOLÍVAR.

Extracto: “(...) Al respecto, se traerán a colación las siguientes disposiciones normativas y jurisprudenciales. Ley 685 de 2001 “Por el cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”. Artículo 2°. Ámbito material del Código. El presente Código regula las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo.(...) Artículo 285. Procedimiento administrativo para las servidumbres...Es de anotar que la Honorable Corte Constitucional efectuó análisis de exequibidad del artículo 285 del precitado Código de Minas, disponiendo que el mismo era constitucional, en la medida que su propósito no versaba sobre el establecimiento de una jerarquía administrativa de revisión de las decisiones de los Alcaldes por parte del Gobernador, sino en la materialización de una doble instancia en beneficio del ciudadano (propietario o poseedor de terrenos sirvientes), y por ende, en el ejercicio de una función jurisdiccional que por excepción, la misma legislación ha encomendado en el Gobernador. Observemos: Corte Constitucional, Sentencia C-063 de 2005.CAUCIÓN EN SERVIDUMBRE MINERA-Procedimiento para su fijación/CAUCIÓN EN SERVIDUMBRE MINERA- Decisión que resuelve sobre su fijación es apelable en el efecto devolutivo ante el Gobernador del departamento respectivo. SERVIDUMBRES PERTURBACIÓN Y DESPOJO EN LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN MINERAS - Decisiones adoptadas por autoridades administrativas tienen por excepción naturaleza judicial. (...) para la Corporación es claro que: i) contra el acto administrativo que fija caución en servidumbre minera procede recurso de apelación en el efecto devolutivo; ii) por expresa disposición normativa (artículo 285 Código de Minas) la competencia para conocer, tramitar y resolver el referido recurso recae en el Gobernador del Departamento respectivo, y; iii) que en consonancia con lo prescrito en el aparte final de la norma en cita, la obstrucción de acceso al recurso

procedente y/o la negativa de resolución del mismo impiden a su vez que la decisión de fijación de cuantía de la caución de servidumbre minera sea revisada por el Juez del lugar de ubicación de los predios de acuerdo con las reglas generales de competencia y de trámite del Código General del Proceso(...) En ese sentido, frente al primero de los puntos es necesario recordar que fue el legislador quien con la expedición del artículo 285 del Código de Minas otorgó al Gobernador la competencia para conocer y fallar en segunda instancia los recursos de apelación que interponen los ciudadanos contra los actos de los Alcaldes que fijan caución de servidumbre minera. Así mismo, que la Honorable Corte Constitucional encontró tal prerrogativa acorde con las prescripciones constitucionales, bajo el entendido que para la materia específica, la autoridad departamental hace las veces de superior jurisdiccional (no jerárquico) de la autoridad municipal (Sentencia C-063 de 2005).De otra parte, en lo que concierne al segundo punto, la Sala estima pertinente referir que el artículo 211 Constitucional prevé la posibilidad de delegación de las autoridades administrativas en sus subalternos o en otras autoridades... (...)Así las cosas, es menester concluir que el Alcalde Local de Ciudad Bolívar fijó en el caso concreto una caución de servidumbre minera, actuando como delegatario del Alcalde Mayor de Bogotá, y que en esa medida el precitado acto administrativo era susceptible de los mismos recursos que procedían contra las decisiones que en esta materia específica adoptaría el Alcalde Mayor de Bogotá, es decir, el de apelación ante el Gobernador de Cundinamarca, quien a su vez en ejercicio de la facultad jurisdiccional excepcional a que hemos hecho referencia, debió conocer, tramitar y resolver el precitado recurso...” (Negrillas y Subrayado del documento original).

**SENTENCIA DEL 23 DE MARZO DE 2017, Exp. 25-000-2341-000-2016-02072-00, SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN “B”, MP. Dr. MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN – Única Instancia.**



## SECCION SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ RECONOCIMIENTO PENSIONAL CONVENCIONAL COLECTIVA ISS Y SINTRASEGURIDAD SOCIAL –Marco normativo y jurisprudencial – Sobre la escisión del Instituto de los Seguros Sociales y la creación de las Empresas Sociales del Estado –Situación laboral de los trabajadores oficiales a raíz de la transformación del ISS en Empresas Sociales del Estado – Vigencia y beneficios derivados de la convención colectiva- Beneficiarios del reconocimiento pensional convencional – Requisitos para acceder a la pensión convencional / SOBRE LOS EFECTOS DE PROTECCIÓN BRINDADOS POR LA H. CORTE CONSTITUCIONAL AL DECLARAR A LA ACCIONANTE BENEFICIARIA DEL “RETEN SOCIAL” – Diferencias entre derechos adquiridos y expectativas legítimas – Término de los efectos de protección .**

**Síntesis del caso:** *Se trata de resolver el recurso de apelación formulado por la demandante, contra la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, por lo que se deberá determinar si le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación de que trata el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS:*

**Extracto:** “..Se observa, que los requisitos para acceder a la pensión de conformidad con la norma convencional transcrita, consistían en cumplir 20 años de servicio y para el caso de la demandante por ser mujer, 50 años de edad. Conforme lo anterior, es de anotar que para el 26 de junio de 2003, fecha en que se escindió el Seguro Social, la actora contaba con aproximadamente 13 años de servicio, toda vez que, consta en el plenario que prestó sus servicios al Instituto de Seguro Social, por periodos interrumpidos y, en cuanto a la edad, contaba tan solo con 42 años, pues según se indica en la demanda nació el 24 de julio de 1960, hecho que no fue discutido por las partes. Por lo anterior, resulta necesario concluir que la demandante no cumplía con los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de trabajo para ser acreedor de una pensión de jubilación convencional, la cual, en principio le resultaba aplicable por su condición de trabajadora oficial hasta esa fecha. Sin embargo, como los beneficios de la convención se extendieron hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, los requisitos contenidos en el artículo 98 debían ser analizados hasta dicha data. Siendo así, se tiene que para esa fecha tampoco acreditaba el cumplimiento de la edad y del tiempo de servicios exigido en la norma convencional, pues a 31 de octubre de 2004, contaba con 44 años de edad y aproximadamente 15 años de servicios. ...Por último, la demandante asegura en el recurso de alzada que por medio de la sentencia T-1166 de 2008, la Sala Primera de Revisión de la H. Corte Constitucional, encontró *“suficientemente probado que la demandante sí cumplía los requisitos para ser incluida en la categoría prepensionada del retén social de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento”*, lo que indica que efectivamente cuenta con todos los requisitos legales para que le sea reconocida la pensión de jubilación convencional. Al respecto, advierte la Sala que en dicha providencia, la H. Corte Constitucional señaló que *“(...) a las personas que, el 24 de agosto de 2007, fecha en la que se decidió la liquidación de la entidad, se encontraban a tres (3) años o menos de acceder a la pensión de jubilación o de vejez prevista en los artículos 98 y 101 de la Convención Colectiva de Trabajo, debió cobijárseles con la protección del llamado “retén social”. Dicha protección, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 consiste en la conservación de sus puestos de trabajo y, como lo ha expresado claramente la jurisprudencia de esta Corte, se extiende hasta “...que se le reconociera la pensión o se diera la liquidación definitiva de la entidad”*. Es necesario señalar con total claridad, que la jurisprudencia de esta Corte en materia de “retén social” nunca ha impedido la liquidación definitiva de una entidad, por lo que dicha protección se extiende hasta el último acto de liquidación de la empresa o hasta cuando la persona cobijada por ella se pensione, *lo que ocurra primero*”. (Subraya fuera de texto)...Por esta razón, los efectos de protección que le brindó la H. Corte Constitucional al declararla beneficiaria del “retén social”, se extendieron solo hasta la liquidación definitiva de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento, es decir, hasta la culminación del proceso liquidatorio, hecho que ocurrió primero pues nunca llegó a obtener derechos adquiridos en relación con la pensión de jubilación convencional..”.

**SENTENCIA DEL 01 DE MARZO DE 2017, Exp. 110013335015-2014-0048-901, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “C”, MP. DR. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL – SEGUNDA INSTANCIA.**

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - RELIQUIDACIÓN PENSION GRACIA CON INCLUSIÓN DEL FACTOR QUINQUENIO – Normatividad aplicable a la pensión gracia / QUINQUENIO – Creación – Competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados territoriales – Situación laboral de los empleados vinculados con posterioridad al Acto Legislativo No. 1 de 1968 – Desarrollo Jurisprudencial.**

*Síntesis del caso: Se trata de resolver el recurso de apelación formulado por la demandante, a fin de determinar si tiene derecho a que la pensión gracia le sea reliquidada incluyendo el quinquenio causado dentro del año anterior a su status pensional.*

**Extracto:** “..Teniendo en cuenta lo anterior, evidencia la Sala, que si bien es cierto la actora **causó el quinquenio el 16 de abril de 1999**, (fecha en que se cumplieron los 5 años de servicios comprendido entre 17 de abril de 1994 y el 16 de abril de 1999), es decir, dentro del año anterior al status pensional (4 de septiembre de 1998 y el 4 de septiembre de 1999), pese a que le fue pagado hasta el **30 de agosto de 2000**, según el Oficio expedido por la Secretaria de Educación Distrital (fl. 25), también lo es que **no es viable su inclusión en la liquidación de la pensión gracia, por tratarse de factor de origen extralegal...**En relación con la legalidad del **quinquenio**, la Sala precisa que contrario a lo expuesto por el *A quo*, este emolumento no puede incluirse en la reliquidación pensional, toda vez que el mismo se creó mediante el Acuerdo 35 de 1933, modificado por los Acuerdos 37 de la misma anualidad y 44 de 1961, es decir, que dicho emolumento fue expedido en vigencia de la Constitución de 1886, cuando los entes territoriales tenían la potestad de fijar el régimen salarial de los sus empleados. No obstante, con la expedición del **Acto Legislativo No. 1 de 1968**, las competencias de los entes territoriales se limitó a la facultad de determinar las escalas de remuneración de acuerdo con las diferentes categorías de empleo; frente al régimen prestacional, la competencia radicaba exclusivamente en el Congreso. Tras la expedición de la Constitución de 1991 se estableció que el competente para dictar las normas generales, para que el Gobierno Nacional fije el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, es el Congreso de la República...Lo anterior significa que los empleados públicos distritales que se **vinculen después del año 1968**, deben someterse “a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o factores que lo conforman, que en este caso es el previsto por el legislador y no es procedente aplicar factores de salario regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal”..En ese orden de ideas, para el caso en concreto, el quinquenio creado por el Acuerdo 35 de 1933 y modificado por los Acuerdos 37 de 1933 y 44 de 1961 no puede ser incluido en la reliquidación pensional de la demandante, dado que su vinculación con el Distrito se dio con posterioridad al año 1968, cuando la competencia para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los órdenes, radicaba de manera exclusiva en el Legislador..”.

**SENTENCIA DEL 02 DE MARZO DE 2017, Exp. 11001-33-35-028-2015-00294-01, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “D”, MP. DR. ISRAEL SOLER PEDROZA – SEGUNDA INSTANCIA.**



## SECCIÓN SEGUNDA



**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ RELIQUIDACIÓN PENSION DE JUBILACIÓN / SOBRE EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA LAS PENSIONES REGIDAS POR LA LEY 33 DE 1985 – El régimen de transición y el contenido del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – Los principios de inescindibilidad y favorabilidad han sustentado las orientaciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado – Sobre las decisiones proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en relación con la liquidación del monto pensional - Aplicación del principio de la condición más beneficiosa y protección de los derechos a la seguridad social en pensiones, por parte de Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos – Sobre la causación de la pensión antes de la sentencia C-258 de 2013.**

**Síntesis del caso:** *Se trata de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada, contra la sentencia de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda, a fin de determinar si la demandante tiene o no derecho a que su pensión le sea reliquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, en aplicación de la Ley 33 de 1985 y la jurisprudencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del H. Consejo de Estado.*

**Extracto:** “ ...Ahora bien, es imperativa la aplicación del principio de inescindibilidad de cada régimen que en múltiples oportunidades hemos hecho efectivo, y si ello es así, resulta diáfano señalar que si la intención del legislador fue proteger los derechos adquiridos, el régimen anterior no se puede escindir y debe aplicarse en su integridad, para las pensiones causadas con anterioridad a la sentencia C-258 de 2013, precisiones que también ha hecho la jurisprudencia en forma insistente y que reitera en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 siguiendo los parámetros trazados por la propia Corte Constitucional, para la época. La aplicación de los principios de inescindibilidad y favorabilidad sustentaron siempre la orientación de la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado plasmada por nuestra jurisdicción en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010. En efecto, si el régimen anterior consagra como monto: el 75% del salario base de liquidación devengado en el último año, no puede escindirse para tomar un ingreso base de liquidación distinto que ahora se regula en la ley 100 de 1993 y que no estaba consagrado en la legislación anterior, generando desconfianza, trato desigual y desmembrando el régimen legal aplicable a la persona beneficiaria del régimen de transición..Así, no resultan acordes con esta teleología, las interpretaciones regresivas en materia de seguridad social, que además, generan un trato desigual con otras personas a quienes ya se ha reconocido y liquidado el derecho prestacional en similares circunstancias, bajo la orientación del Consejo de Estado y la propia Corte quien traía una definida línea jurisprudencial en esta materia, máxime si la pensión se causó con anterioridad a la sentencia C-258 de 2013 que fija unas nuevas reglas de aplicación y reconocimiento del régimen de transición y en la que señala que el IBL no fue objeto de transición...Debe resaltar la Sala que el Honorable Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dio prevalencia a los principios constitucionales que hemos referido, como máxima autoridad de lo contencioso administrativo dentro de un proceso ordinario, para cuya solución es el juez natural de la causa autorizado por la Carta; en consecuencia se encuentra diáfana la solución en la aplicación de esa fuente formal de derecho y por ello mantendremos la postura que en casos similares hemos efectuado con anterioridad a la sentencia SU-230 de 2015, por las razones explicadas, trayendo a referencia la sentencia de la H. Corte Constitucional que sirvió de égida para la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.. En el caso bajo estudio, la demandante adquirió el status pensional, esto es que, a su favor se causó la pensión el 06 de mayo de 2009, el reconocimiento ocurrió el día 1º de abril de 2011 y la inclusión en nómina lo fue el 1º de julio de 2011, antes de que se proferiera la sentencia C-258 de 2013, en consecuencia se le aplicará en su integridad el monto de liquidación a que se refiere la ley 33 de 1985, como lo hizo el *a quo*..”.

**SENTENCIA DEL 22 DE MARZO DE 2017, Exp. 11001-33-35-027-2013-00225-01, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “C”, MP. DRA. AMPARO OVIEDO PINTO – SEGUNDA INSTANCIA**

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ RENUNCIA PROTOCOLARIA AL CARGO – Fiscalía General de la Nación – Régimen jurídico aplicable en la Fiscalía General de la Nación – Sobre la Facultad Discrecional de los empleos de libre nombramiento y remoción – Requisitos que debe cumplir la renuncia para su aceptación – La presentación de renunciaciones protocolarias por parte de quienes tienen calidades profesionales y un alto status jurídico, es legal y válido en nuestro ordenamiento jurídico – Desarrollo jurisprudencial.**

*Síntesis del caso: Se controvierte en el sub-lite, la nulidad del acto administrativo mediante el cual se aceptó la renuncia presentada por la actora, atendiendo la solicitud de la entidad demandada, en cargo de libre nombramiento y remoción*

**Extracto:** “.. Cuando el servidor público opta por retirarse del servicio mediante la modalidad de – renuncia -, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la dimisión ha de tener su origen o su fuente generatriz en el libre, franco y espontáneo impulso psíquico y querer del sujeto, que descifran su plena voluntad (artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 a 116 del Decreto 1950 de 1973)...En ese orden de ideas, la renuncia debe reflejar la voluntad inequívoca del funcionario de retirarse de su empleo, esto es, debe ser consciente, ajena a todo vicio de fuerza o engaño..3.4. RENUNCIA PROTOCOLARIA. Por otra parte, debe señalarse que la presentación de renunciaciones protocolarias, por parte de personas que tienen calidades profesionales y un alto status jerárquico, resultan legales y válidas en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que la discrecionalidad de que goza el nominador para separarlos del servicio, no irradia un propósito amañado u oscuro, sino que le permite la posibilidad al funcionario de separarse de una manera más decorosa de la entidad... Destaca la Sala, que de los dichos de los declarantes no se infiere ninguna presión ajena a la voluntad ni se insinúa constreñimiento o intimidación alguna por parte de la Fiscalía General de la Nación, a la hora de solicitar la renuncia tantas veces mencionada. Además, en casos como el objeto de estudio, lo que busca la administración es quedar en libertad para formar su grupo de trabajo como bien se señaló por uno de los mismos declarantes: “*cuando hubo el cambio de administración en la Fiscalía General de la Nación a finales de 2010 ...y por lo tanto solicitó la renuncia a los funcionarios*” (constatar fol. 87), es cierto que la renuncia protocolaria busca dejar en libertad al nominador para reorganizar la dependencia respectiva, designando a las personas que a su juicio sean las más idóneas para el ejercicio del cargo..Expuesto lo anterior, con las pruebas obrantes en el expediente, no se logró establecer que la solicitud de renuncia por parte de la Fiscalía General de la Nación (Secretaría General) a la demandante, hubiere incurrido en desviación de poder, todo lo contrario, se reitera, el retiro de la demandante fue producto de la solicitud y presentación de la renuncia para evitar el uso de la facultad discrecional que le asiste al nominador. Precisa la Sala que el retiro del servicio de la demandante se fundó en un acto de aceptación de renuncia, precedido de la presentación de la misma por parte de la actora, que aunque le hubiese sido solicitada, debe recordarse que la renuncia protocolaria, presentada por personas con calidades profesionales, no resultan amañadas sino que le permiten al empleado separarse de una manera más decorosa de la entidad”.

**SENTENCIA DEL 9 DE MARZO DE 2017, Exp. 11001-33-31-708-2011-00209-01, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “E”, MP. DR. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON – SEGUNDA INSTANCIA.**



## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ RETIRO DEL SERVICIO POR FACULTAD DISCRECIONAL – Policía Nacional / RETIRO DEL SERVICIO DEL NIVEL EJECUTIVO – Causales de Retiro – El buen desempeño en el ejercicio de las funciones no impide el retiro del servicio – Pilares de la facultad discrecional – Sobre las facultades de la Junta de Evaluación y Clasificación del Departamento de la Policía Metropolitana de Bogotá, para recomendar la conveniencia del retiro del servicio – La acción disciplinaria es independiente y autónoma de la facultad discrecional de la entidad para remover a su personal por necesidades del servicio. – Desarrollo Jurisprudencial.**

*Síntesis del caso:* Se trata de determinar, si el retiro del servicio del demandante, por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, mediante la Resolución No. 098 del 01 de junio de 2012, en el que se tuvo en cuenta su presunta participación en los hechos ocurridos el 30 de mayo de 2012, en los que resultaron incinerados los enseres de una persona de la calle y dos caninos en la Localidad Sur de (...), se amparó en razones de mejoramiento del servicio, o se incurrió en causal de nulidad por falsa motivación y violación directa de la ley.

**Extracto:** .. En el caso sometido a consideración de la Sala, se advierte que el actor en su calidad de Patrullero de la Policía Nacional fue retirado del servicio discrecionalmente por parte del Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá mediante Resolución 098 del 01 de junio de 2012, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación del Personal de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá de fecha 31 de mayo de 2012, en la cual se sugirió el retiro de varios integrantes de la Policía Nacional, entre los cuales se encontraba el actor. En este acto, se tuvo en cuenta que debido a la presunta participación en los hechos ocurridos el 30 de mayo de 2012, en los cuales resultaron incinerados los enseres de una persona de la calle y dos caninos en la Localidad Sur de (...), resultaba inconveniente para la institución y la comunidad mantener en el servicio activo a cuatro policiales, entre los cuales se contaba el aquí demandante. A juicio de la entidad, el hecho de incineración ocurrido el 30 de mayo de 2012, se constituye a todas luces en una flagrante afrenta contra los valores, principios y políticas institucionales que de manera vehemente han sido rechazados por la sociedad, y por lo tanto, no resultaba conveniente el mantenimiento en la institución de los uniformados que participaron en esos hechos... De lo anterior se puede colegir que el demandante si se encontraba en el lugar de los hechos que dieron origen a la incineración de un cambuche y de dos caninos de una persona de la calle, pues si bien es cierto que el señor (...) ese día realizó un procedimiento de incautación de un arma de una menor, también lo es que dicho procedimiento fue realizado con posterioridad a los hechos de la quema, tal como se observa a folios 144 y 145 del cuaderno 2 del expediente, donde obra copia de un documento dejando a disposición una menor de 13 años el día 30 de mayo de 2012, cuya diligencia fue realizada por los Patrulleros (...). En dichos documentos se dejó constancia que la menor se deja a disposición del Defensor de Familia a las **11:10 pm del día 30 de mayo de 2012** y el acta de incautación del arma de fuego de la menor ocurrió a las **20:19 (8:19pm) del mismo día**, y el procedimiento de incineración había terminado a las 7:15 de la noche aproximadamente, lo que quiere decir que si pudo estar en ambos procedimientos por cuanto fueron a horas diferentes, y era en lugares cercanos ambos sucesos, es decir que no demoraba el traslado de un lugar a otro...**Necesarias precisiones sobre erróneas conclusiones del fallo de primera instancia.** -Resulta extraño como el a quo pasa por alto en sus consideraciones, aspecto tan importante como el resultado de la investigación disciplinaria donde se prueba sin hesitación alguna la responsabilidad del aquí accionante, concluyendo con una decisión en firme que lo destituyó e inhabilitó por doce años, lo cual impide actualmente el reintegro al cargo, como de manera errática ordenó en su providencia. Obsérvese que ni siquiera quedaba para el actor la posibilidad de demandar dicho acto al no haber ejercido los recursos en sede administrativa. .. Por lo tanto, contrario a lo señalado por el a quo, no se demostró la falsa motivación del acto administrativo acusado, sino lo que se advierte es que los hechos que motivaron el retiro se encuentran debidamente probados y que el acto de retiro fue proferido en aras del mejoramiento del servicio, por el competente y con apego a la normatividad. Igualmente, quedó demostrado que por medio de decisión disciplinaria en firme, el actor fue destituido e inhabilitado por doce años para desempeñar empleos públicos, lo cual impide la posibilidad de ser reintegrado al cargo, circunstancia por si sola solo basta para negar las pretensiones en tal sentido..”.

**SENTENCIA DEL 15 DE MARZO DE 2017, Exp. 11001-33-35-022-2013-00057-01, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “C”, MP. DR. SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA – SEGUNDA INSTANCIA**

## SECCIÓN SEGUNDA



**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ASCENSO DE OFICIALES DEL EJERCITO NACIONAL – Requisitos comunes para el Ascenso de Oficiales – Requisitos Especiales para el Ascenso de Oficiales – Sobre el tiempo mínimo de servicio para ascender al Grado de Coronel – Sobre la facultad discrecional del Ejecutivo para conferir grados a los miembros de las Fuerzas Militares / RETIRO DEL SERVICIO POR DESPIDO INDIRECTO – Normatividad aplicable – Causales de retiro del servicio - Las calificaciones sobresalientes y una hoja de vida meritoria no otorgan el derecho a ser promovido, ni la obligación de decretar su ascenso - Desarrollo Jurisprudencial.**

**Síntesis del caso:** *Se trata de determinar, si el acto administrativo acusado fue expedido de manera ilegal, con falsa motivación y desviación de poder, contrariando la normatividad que regula la potestad discrecional ejercida para el ascenso de Oficiales por voluntad del Gobierno Nacional, conforme al alcance fijado por la jurisprudencia Constitucional y el Consejo de Estado.*

**Extracto:** “.. Como requisitos comunes para el ascenso establece el artículo 52 ibídem, acreditar condiciones de conducta, profesionales y sicofísicas, y además cumplir las condiciones específicas que señala dicho Decreto. Y, como requisitos especiales para el ascenso de oficiales, se requiere: a) tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado, b) capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias, c) adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios, d) acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente, e) acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y sus equivalentes en la Armada Nacional, como se estipula en el referido Decreto, f) concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, g) tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación (art. 55). El tiempo mínimo de servicio para ascender al grado de Coronel es de 5 años (art.55), y se requiere: **ARTÍCULO 67. ASCENSO A CORONEL O CAPITÁN DE NAVÍO.** Para ascender al grado de Coronel o Capitán de Navío, el Gobierno Nacional escogerá libremente entre los Tenientes Coroneles o Capitanes de Fragata que hayan cumplido las condiciones generales y especiales que este Decreto determina...Sobre la facultad discrecional del Ejecutivo para conferir grados a los miembros de las fuerzas militares la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, con ponencia del Dr. William Zambrano Cetina, emitió concepto el 3 de julio de 2015 dentro del radicado No.: 11001-03-06-000-2015-00042-00(2247), en los siguientes términos:..... Dado que el accionante y ahora apelante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, entre otros, por considerar que el A –quó no se pronunció sobre el retiro del servicio por “*despido indirecto*”, se hace necesario recordar el ordenamiento jurídico que en forma especial regula dicha materia... Por su parte el artículo 101 ibídem estableció que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares podrán solicitar su retiro del servicio activo en cualquier tiempo, y que este se concederá cuando no medien razones de seguridad nacional o especiales del servicio que requieran su permanencia en actividad a juicio de la autoridad competente. Conforme a los fundamentos de derecho y a la jurisprudencia aplicable a la materia, analizados los hechos y estudiadas las pruebas relevantes obrantes en el expediente, concluye la Sala que:- El Ejecutivo no tiene la obligación de ascender a todos los miembros de las Fuerzas Militares que satisfagan la totalidad de los requisitos para ser promovidos a determinado rango; la potestad discrecional le permite escoger entre quienes hayan cumplido dichos requisitos. - Los ascensos de Oficiales de las Fuerzas Militares se encuentran condicionados a la existencia de vacantes, -artículo 51 del Decreto 1790 de 2000-, y se confieren dependiendo de las necesidades o conveniencias de del servicio – artículo 64 del Decreto 1799 de 2000-... No se encuentra probada la desviación de poder alegada por el actor, y si bien las calificaciones de este eran sobresalientes y en general su hoja de vida es meritoria, el hecho tener buenas calificaciones, insignias, reconocimientos y felicitaciones en la hoja de vida no constituye el derecho a ser promovido o la obligación para la administración de decretar su ascenso...”

**SENTENCIA DEL 17 DE MARZO DE 2017, Exp. 11001-33-31-702-2012-00145-02, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “F”, MP. DRA. BEATRÍZ HELENA ESCOBAR ROJAS – SEGUNDA INSTANCIA.**

## SECCIÓN SEGUNDA



**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / REVOCATORIA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE INSCRIPCIÓN Y ASCENSO EN EL ESCALAFÓN DOCENTE** – Facultad de la administración para revocar actos administrativos de carácter particular y concreto sin el consentimiento del beneficiario, cuando ocurren por medios ilegales – El acto de revocatoria de un acto administrativo, es constitutivo de nuevas situaciones jurídicas y produce efectos hacia el futuro. / **PROHIBICIÓN DEL RESARCIMIENTO AUTOMÁTICO DE PERJUICIOS CAUSADOS COMO CONSECUENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS REVOCADOS** – Sobre la competencia de la administración para reclamar eventuales perjuicios sufridos mientras el acto administrativo revocado estuvo vigente – La determinación del reintegro de sumas pagadas por concepto de actos administrativos revocados corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en ejercicio del medio de control de Reparación Directa – Desarrollo Jurisprudencial.

**Síntesis del caso:** Se trata de determinar, si las Resoluciones mediante las cuales la entidad accionada ordenó el reintegro de la suma de \$147.275.615 devengados por la actora con fundamento en actos administrativos de ascenso que fueron revocados, se encuentran viciadas de nulidad por falsa motivación y por desconocimiento de las normas superiores en las que debieron fundarse.

**Extracto:** “... debe indicarse que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que el acto de revocatoria de un acto administrativo reviste un carácter de constitutivo de nuevas situaciones jurídicas y que por tal razón produce efectos hacia el futuro, es decir, que las situaciones que se consolidaron durante la vigencia del acto revocado no se retrotraen por cuanto, en virtud de la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos, el acto produjo efectos jurídicos hasta el momento de su revocatoria. De esta manera la revocatoria directa, como ocurre en el presente caso, faculta a la Administración para retirar los actos administrativos que se produjeron a través de medios ilegales; pero esta atribución se limita a ser utilizada como un mecanismo mediante el cual se excluye del mundo jurídico una decisión que nació a la vida jurídica a través de medios ilegales, más no autoriza a la administración a reclamar los eventuales perjuicios que haya sufrido mientras el acto administrativo revocado estuvo vigente, pues la acción idónea para reclamarlos es la acción de reparación directa. En el presente asunto, la Sra.(...) pretende que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 256 del 2 de febrero de 2011 y 1538 del 17 de mayo de 2011, a través de las cuales se ordenó el reintegro de la suma de \$147.275.615 que le fue pagada por concepto de salarios y prestaciones sociales durante el período que ejerció como docente en el Distrito Capital... De conformidad con lo expuesto y teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial antes señalado, se verifica que, según lo establecían los artículos 69 y 73 del C. C. A., la Administración se encontraba facultada para revocar los actos administrativos de carácter particular y concreto sin el consentimiento del particular beneficiario siempre y cuando se encontrara acreditado que la expedición del acto ocurrió por medios ilegales. Ahora bien, dicha potestad de revocar los actos administrativos no conlleva de forma alguna, la autorización a la entidad de ordenar el resarcimiento automático de los perjuicios que se hayan causado durante la vigencia de los actos administrativos, pues conforme lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, se entiende que estos produjeron efectos jurídicos antes de dicha declaración, lo que significa que las resoluciones mediante las cuales se inscribió y ascendió a la docente en el escalafón docente solo cesaron en sus efectos a partir de la expedición del acto administrativo mediante el cual fueron revocados, sin que por esto se afectaran las situaciones consolidadas con antelación. De esta manera se concluye que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. carecía de competencia para expedir los actos administrativos a través de los cuales ordenó a la señora ... el reintegro de las sumas que le fueron canceladas en virtud de los actos administrativos expedidos a su favor y que posteriormente fueron revocados, pues la determinación de si el particular debe reintegrar o no las sumas pagadas por concepto de actos administrativos revocados le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa en el medio de control de reparación directa...”.

**SENTENCIA DEL 14 DE MARZO DE 2017, Exp. 25000-23-25-000-2012-00014-00, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “E”, MP. DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO – PRIMERA INSTANCIA**

## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – Régimen Pensional aplicable, Leyes 33 y 62 de 1985 / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN - Beneficios del Régimen de Transición – Sobre el monto de la pensión de jubilación cuando se acude a un régimen anterior al previsto en la Ley 100 de 1993, por virtud de la transición que ésta consagra - Sobre la no aplicación de la Sentencia SU-230 de 2015, y la prevalencia en la aplicación de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010, Exp.2006-7509, M.P.Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila - Desarrollo Jurisprudencial.**

*Síntesis del caso:* Se trata de determinar, si la pensión de vejez de la actora debe liquidarse teniendo en cuenta como ingreso base, el 75% de todos los factores salariales devengados en su último año de servicios, conforme a lo señalado en la ley 33 de 1985 y la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado, de agosto 4 de 2010, o como lo indica la entidad demandada, esto es, conforme a los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, y los factores salariales taxativos del Decreto 1158 de 1994.

**Extracto:** “..Ahora bien, se hace necesario establecer por parte de la Sala, para el presente asunto, de la aplicación o no, de la sentencia de unificación SU 230 de 2015 expedida por la Corte Constitucional, en la cual se señaló que el ingreso base de liquidación IBL no fue un aspecto sometido a transición, debiéndose en consecuencia conformarse con los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994. Frente al particular, es pertinente mencionar la sentencia proferida por el Consejo de Estado el pasado 9 de febrero de 2017, que no constituye precedente jurisprudencial, tal como se señaló en esa providencia, que fue dictada en cumplimiento a la orden impartida en el fallo de tutela de la misma corporación que dejó sin efectos la sentencia de unificación de ese Alto Tribunal de fecha 25 de febrero de 2016..De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que no es procedente la aplicación de la sentencia SU-230 de 2015, en el presente asunto, por cuanto tiene prevalencia para esta jurisdicción lo dispuesto por el órgano de cierre del mismo, lo que hace imperativo continuar aplicando el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 artículo 36, que nos remite a la Ley 33 de 1985... la Sala acoge lo señalado por el Consejo de Estado al considerar que para liquidar la prestación pensional habrá de tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa de sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, salvo que se haya determinado expresamente que no constituye factor salarial...Por lo tanto, no cabe una interpretación restrictiva donde se manifieste que la reliquidación por inclusión de factores salariales devengados y no tenidos en cuenta en el reconocimiento pensional, debe efectuarse sobre los factores taxativamente señalados por la norma, pues se trata de un mandato legal que no admite interpretación exegética...En el caso concreto, se observa que por medio de la Resolución No. GNR 036090 de 14 de octubre de 2008, proferida por el entonces Instituto de Seguros Sociales, le fue reconocida a la actora la pensión vitalicia de vejez, en cuantía de \$1.363.707, supeditada al retiro definitivo del servicio... Reliquidada a través de la Resolución No. GNR 337288 de 26 de septiembre de 2014, con el 78% del IBL acorde con lo preceptuado en la Ley 797 de 2003. Ahora bien, obra en el expediente en los folios 37 al 40, certificación factores salariales último año de tiempos públicos (mes a mes especificando factor por factor), expedido por la Secretaría Distrital de Integración Social, donde consta que la señora (...), en el periodo comprendido entre los meses de octubre de 2007 y septiembre de 2008, percibió los siguientes emolumentos: ...\_En este orden de ideas, a la accionante le asiste derecho a que la entidad demandada le efectúe el reconocimiento de su **pensión de vejez** equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio ...\_En consecuencia, los actos acusados fueron proferidos con desconocimiento de los derechos laborales consagrados en los artículos 2, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, y por falta de aplicación a la ley, al omitir considerar el concepto integral de Salario prescrito en el Convenio 95 de la Organización Internacional de Trabajo, aprobado por la Ley 54 de 1962. ...”.

**SENTENCIA DEL 16 DE MARZO DE 2017, Exp. 25000-23-42-000-2016-01428-00, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “D”, MP. DR. CERVELEÓN PADILLA LINARES – PRIMERA INSTANCIA**

## SECCIÓN SEGUNDA

### ACCION DE TUTELA

**DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES AL TRABAJO, ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, DEFENSA Y SALUD DE LA DEMANDANTE / REINTEGRO LABORAL / DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA PORTADORA DE VIH / TEMERIDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA - No se presenta cuando lo pretendido son hechos nuevos – Sobre la acción de tutela a efectos de obtener reintegro laboral / DERECHO A LA ESTABILIDAD REFORZADA – Estabilidad reforzada para los trabajadores portadores del VIH/SIDA – Desarrollo Jurisprudencial – No se demostró la existencia de un nexo causal entre la enfermedad de la accionante y la decisión del empleador de revocar su nombramiento, al no cumplir con los requisitos académicos del cargo.**

*Síntesis del caso:* Se trata de determinar si la acción de tutela resulta procedente para solicitar el reintegro laboral de la accionante, en consideración a su estado de debilidad manifiesta por ser portadora del VIH/SIDA.

**Extracto:** “..En ese orden de ideas, no se advierte que la señora AA haya actuado de forma temeraria al instaurar esta nueva acción constitucional porque si bien se trata de los mismos sujetos procesales y tienen el mismo objeto, lo cierto es que se presentan **hechos nuevos como ella bien lo admite, en este caso relacionados con la enfermedad que padece la actora, esto es, el virus de VIH que no fue puesto en conocimiento en la tutela primigenia y el hecho de que la Procuraduría General de la Nación haya declarado la nulidad de la actuación disciplinaria a partir del auto de 26 de octubre de 2015**, razones más que suficientes para concluir que no se pueden aplicar las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991...La estabilidad laboral reforzada ha sido desarrollada como una garantía de raigambre constitucional a favor de ciertos sujetos, como son las personas con discapacidad, los trabajadores que padecen alguna enfermedad, así como las mujeres embarazadas y en licencia de maternidad, que se proyecta a partir de los artículos 13 y 53 de la Carta, los cuales contemplan los principios de igualdad y de estabilidad en el empleo. A través de esta figura se pretende proveer a este conjunto de personas cierto grado de certidumbre en relación con su ocupación, así como resguardarlas de los actos discriminatorios por parte de sus patronos...Nótese que el aspecto determinante para establecer qué individuos son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada es la situación de vulnerabilidad en que se encuentran, a causa de determinadas condiciones de salud que pueden comprometer su normal estado físico, mental o fisiológico. Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto que el despido de una persona portadora del VIH se presume por causa de su enfermedad, correspondiéndole al empleador desvirtuar tal presunción demostrando una causa objetiva que justifique su proceder. De ahí, que para comprobar la causa objetiva que en el caso particular justifica la desvinculación, al empleador *“le corresponde asumir la carga de la prueba de sustentar en qué consiste el factor objetivo, que le permite desvirtuar la presunción de discriminación que pesa sobre sí”*, a fin de impedir la consecuente ineficacia del despido...En ese sentido, la Sala encuentra que en el sub examine la Dirección General Administrativa del Senado de la República demostró circunstancias objetivas para revocar el nombramiento en provisionalidad de la demandante en el cargo de Mensajero Grado 01 de la Unidad de Correspondencia del Senado de la República, pues efectivamente en el acto administrativo que pretende la accionante dejar sin efectos **se señaló que se revocaba el nombramiento en virtud del artículo 5 de la Ley 190 de 1995, toda vez que no cumplía con los requisitos académicos para el mencionado cargo al no acreditar título de bachiller**, y así lo da a entender la señora AA en su escrito de tutela cuando afirma que *“En este caso al momento de ser despedida mediante resolución no se da la conexidad entre portadora de VIH y despido por esta razón”*. Adicionalmente, es importante resaltar que ante la terminación del vínculo contractual entre el Senado de la República y la demandante, se observa que el derecho fundamental a la salud no ha sido vulnerado, toda vez que de la historia clínica allegada por la actora al expediente se vislumbra que ha venido siendo atendida de manera continuada por la afección que padece., y que así lo reconoce la tutelante..En conclusión, comoquiera que no existió un nexo causal entre la enfermedad de la accionante y la decisión del empleador de revocar el nombramiento, la demanda de tutela será negada..”.

**SENTENCIA DEL 21 DE MARZO DE 2017, Exp. AT. 25000-23-42-000-2017-00934-00, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “D”, MP. DR. ISRAEL SOLER PEDROZA –PRIMERA INSTANCIA.**

## SECCIÓN SEGUNDA

**DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN / BENEFICIARIOS DEL PROGRAMA ESTATAL “SER PILO PAGA 3” – Instituto Colombiano de Crédito y Estudios Técnicos en el Exterior –ICETEX y Ministerio de Educación Nacional – Procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho a la educación – Núcleo esencial del derecho a la educación -Requisitos para ser beneficiario del programa “Ser Pilo paga 3” - Componentes a que tienen derecho los beneficiarios del programa “Ser Pilo paga 3” - Desarrollo Jurisprudencial.**

**Síntesis del caso:** *Se trata de determinar si el Instituto Colombiano de Crédito y Estudios Técnicos en el Exterior- ICETEX y el Ministerio de Educación Nacional, vulneraron el derecho constitucional de educación del accionante, al excluirlo del programa “Ser Pilo Paga 3”, pese a cumplir con los requisitos para ser beneficiario.*

**Extracto:** “..Por lo anterior, es claro que el mismo decreto mediante el cual se reglamenta la acción de tutela, estableció como mecanismo idóneo el amparo constitucional, para proteger el derecho a la educación frente a una eventual vulneración. Se hace necesario precisar a la entidad accionada, que la educación es un derecho fundamental reconocido y reiterado por la jurisprudencia constitucional, por ello en sentencia T- 321 de 2007 la Corte Constitucional, puntualizó: “De esta forma, se puede concluir que el derecho a la educación goza de naturaleza fundamental, como quiera que su núcleo esencial comporta un factor de desarrollo personal y social, de manera que su ejercicio se dirige a la realización de la dignidad humana, en tanto permite la concreción de un plan de vida y el desarrollo pleno del individuo en sociedad.”. Descendiendo al caso concreto, encuentra la Sala que existe una flagrante vulneración al derecho a la educación del joven Juan Felipe Alarcón Montoya, quien pese a cumplir con todos los requisitos para ser beneficiario, ha sido excluido bajo la excusa de no haber sido reportado por ninguna de las instituciones de educación superior que se encuentran en convenio con el programa. Sin embargo, se pudo establecer que no le asiste razón al ICETEX, teniendo en cuenta que a folio 15 del expediente es visible la certificación de la Universidad Externado de Colombia, en la cual se informa al Instituto Colombiano de Crédito y Estudios Técnicos en el Exterior – ICETEX, que el accionante fue admitido al programa de Finanzas y Relaciones Internacionales. De acuerdo a las particularidades del caso, y teniendo en cuenta que se presentaron dos peticiones del 19 y 26 de enero del año en curso, las cuales fueron resueltas de forma negativa por el ICETEX, pese a la existencia de la certificación de la universidad, se hace necesaria la intervención del juez constitucional para garantizar el derecho reclamado por el accionante. En ese orden de ideas, esta Sala ordenará al Instituto Colombiano de Crédito y Estudios Técnicos en el Exterior – ICETEX, realizar todos los trámites necesarios para que el joven Juan Felipe Alarcón Montoya, pueda acceder al programa al cual se presentó, garantizando todos y cada uno de los componentes a que tiene derecho el actor, por pertenecer al programa “Ser Pilo Paga 3”...”

**SENTENCIA DEL 9 DE MARZO DE 2017, Exp. A.T. 2017-833- SECCIÓN SEGUNDA SUB-SECCIÓN “B”, M.P. DR. ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS-PRIMERA INSTANCIA.**



## TUTELA

**DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES A LA VIDA, IGUALDAD, MÍNIMO VITAL Y DEBIDO PROCESO / SOLICITUD DE ABSTENCIÓN DE COBRO DE MULTA POR NO DECLARACIÓN DE RENTA EN EL AÑO 2014, AL SER VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO – DIAN y Otros – Sobre los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana – Requisitos que deben comprobarse para acreditar la vulneración al mínimo vital – Medidas en materia de asistencia crediticia para las víctimas del conflicto armado interno – Mecanismos reparativos en relación con los pasivos adquiridos por los ciudadanos víctimas del conflicto armado interno –Desarrollo Jurisprudencial.**

**Síntesis del caso:** *Se contrae a establecer, si las entidades accionadas vulneraron los derechos constitucionales fundamentales invocados por el actor, al no haberlo exonerado del pago de impuestos y sancionarlo con multa, por su omisión en declarar renta por el año 2014, no obstante ser una víctima del conflicto armado interno.*

**Extracto:** “...A partir de lo anterior, es preciso concluir que en virtud del deber de solidaridad frente a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, como lo son los ciudadanos víctimas del conflicto armado interno, las entidades financieras deben advertir la situación especial del deudor al momento de realizar cualquier tipo de cobro, es decir, deben aplicar los beneficios legales a los que aquellos tienen derecho. Así mismo, vale la pena destacar que el artículo 121 de la Ley 1448 de 2011 prevé los mecanismos reparativos en relación con los pasivos adquiridos por los ciudadanos víctimas del conflicto armado interno. De la anterior normativa, se deduce que a los ciudadanos víctimas del conflicto armado interno se les otorgó un beneficio consistente en la exoneración del pago de impuestos municipales y distritales, dejando de lado las obligaciones procedentes de los gravámenes nacionales, los cuales son de carácter imperativo para todos los colombianos, sin dejar de lado las excepciones previstas en el artículo 592 del Estatuto Tributario... En el caso bajo consideración, se tiene que (i) el accionante al ser incluido en el Registro Único de Víctimas en el año 2014, el Banco Popular SA le otorgó los beneficios a los cuales tiene derecho en razón de la Ley 1448 de 2011 sobre los créditos que había adquirido con dicha entidad bancaria, y (ii) el demandante considera que debido a su situación especial y en virtud del artículo 121 de la mencionada normativa no debe declarar renta... Así las cosas, considera esta Colegiatura que en atención a los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho y debido a que el actor fue víctima de desplazamiento forzado y despojado de sus bienes muebles, tal como se observa en la Resolución 2014-655287 de 16 de octubre de 2014 originaria de la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, este no se encuentra obligado a declarar renta, a pesar de ser un impuesto del orden nacional, puesto no es posible exigir a un ciudadano víctima del conflicto armado interno el pago de un tributo, dejando de lado su condición de sujeto de especial protección. En consecuencia, se accederá al amparo del derecho constitucional fundamental al mínimo vital y, en consecuencia, se ordenará al director general de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que se abstenga de cobrar cualquier multa al accionante por haber omitido declarar renta en el año 2014, hasta que este supere su estado de vulnerabilidad...”.

**SENTENCIA DEL 14 DE MARZO DE 2017, Exp. A.T. 25000-23-42-000-2017-00880-00 - SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “B”, M.P. DR. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN—PRIMERA INSTANCIA.**



## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RELIQUIDACION PENSIÓN DECRETO 546 DE 1971 – Se debe liquidar la pensión con 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 y se conforma con el 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios.**

*Síntesis del caso:* Se trata de resolver los recursos interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Cincuenta y Seis Administrativo de Bogotá D. C.– Sección Segunda proferida el 8 de julio de 2016, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y decidió (i) declarar probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales anteriores al 30 de enero de 2011; (ii) declarar la nulidad de los actos administrativos acusados; (iii) como consecuencia de lo anterior, condenar a la demandada a reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio; (iv) pagar las diferencias que resulten a favor de la demandante debidamente indexadas, descontando los valores correspondientes a los aportes no efectuados para pensión; y (v) condenar a la demandada al pago de las costas.

**Extracto:** La apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, ya que considera que las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición, deben liquidarse de conformidad con el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El apoderado de la parte demandante también interpuso recurso de apelación, advirtiendo que la demandante es beneficiaria del régimen especial previsto en los Decretos 546 de 1971 y 717 de 1978, por lo que su pensión debe ser reliquidada con el 75% de la asignación más elevada de todo lo devengado en el último año de servicio. Corresponde en consecuencia, como problema jurídico determinar cómo debe efectuarse la liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la demandante, quien adquirió el status pensional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y es beneficiaria del Decreto 546 de 1971. Fundamento normativo. Previo a resolver el fondo del asunto, resulta necesario establecer el régimen legal

bajo el cual debe analizarse el caso concreto. Los artículos 1° y 6 del Decreto 546 de 1971 indican en su orden:(...)ARTÍCULO 6. Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, de 50 si son mujeres y cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos diez (10) lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas. (...) No remiten a duda las normas en mención y otras posteriores, que los empleados públicos a pensionarse que hubieran servido al menos diez años en la Rama Judicial no están sometidos al régimen general de pensiones, sino que gozan de un régimen especial.(...)En consecuencia, para la Sala el salario base para la liquidación de la pensión para las personas beneficiarias del Decreto 546 de 1971 y que cumplieron con los requisitos para acceder a la pensión antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se encuentra constituido por 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, y se conforma con el 75% de la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios”.

**SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2017, Exp.110013335717201400121-01, SECCION SEGUNDA SUBSECCION “A”, PM. DR. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES - SEGUNDA INSTANCIA.**



## SECCIÓN SEGUNDA

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SANCIÓN MORATORIA POR LA NO CONSIGNACIÓN OPORTUNA DEL AUXILIO DE CESANTIAS – Declara la Nulidad parcial de los actos administrativos demandados toda vez que sobre las sumas que se adeudaban a la demandante por concepto de auxilio de cesantías no se reconoció la correspondiente indexación.**

*(Síntesis del caso).* Se demanda la nulidad de los actos administrativos contenidos en la Resolución N° 338 del 11 de septiembre de 2014, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías y prestaciones sociales a la demandante, y la Resolución N° 553 del 5 de diciembre de 2014, a través de la cual se confirmó en su integridad el acto administrativo previamente mencionado, en tanto ambos actos no reconocieron a favor de aquélla la sanción moratoria por consignación tardía de las cesantías y adicional a ello no le fue reconocida la indexación del valor que la demandada manifestó consignaría a la cuenta de cesantías de la demandante en el FNA.

**Extracto:** En consecuencia, de conformidad con las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, el problema jurídico se circunscribe en determinar si en el presente asunto los actos administrativos acusados se encuentran debidamente ajustados al ordenamiento jurídico, o si por el contrario, están viciados de nulidad por alguno de los cargos endilgados en la demanda, en razón de no haberle sido reconocido a la demandante la sanción moratoria por consignación tardía de las cesantías ni tampoco haberse efectuado la indexación de esa prestación para el periodo en que hubo demora en su consignación. Fundamento normativo. (...) Con la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 se dispuso en su artículo 13 que a los servidores públicos del orden territorial les resulta aplicable el sistema de liquidación anualizado del auxilio de cesantías. Al respecto, la norma *ibidem* dispuso que a 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral. Precisado lo anterior, es pertinente destacar que la Ley 50 de 1990 en su artículo 99 numeral 3 estableció la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías determinando que aquél empleador que no consignare el valor liquidado por cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente en la cuenta del fondo de cesantías del correspondiente trabajador pagaría un día de salario por cada día de retardo. Caso concreto. Del material probatorio recaudado dentro del presente proceso, se acreditó que la demandante laboró en la Alcaldía del Municipio de Albán en el cargo en carrera administrativa de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 04 del 1 de abril de 1998 al 31 de julio de 2014. En el curso de la relación laboral y en razón de que a la demandante no le fueron consignadas las cesantías comprendidas entre el 1 de abril de 1998 a 31 de diciembre de 2003, aquélla, a través de solicitudes del 21 de octubre de 2010 y 6 de noviembre de 2012, pidió la consignación y pago de esa prestación, sin que de acuerdo a las pruebas obrantes en el plenario se le hubiere otorgado respuesta a dichas solicitudes. Ahora bien, en razón de la aceptación de la renuncia de la de-

mandante por parte de la entidad demandada a través de la Resolución N° 208 del 9 de julio de 2014, a aquélla le fue reconocido el pago de sus cesantías y prestaciones sociales mediante la Resolución N° 338 del 11 de septiembre de 2014. No obstante, aduciendo que en dicho acto no fueron reconocidas las cesantías e intereses a las mismas del periodo comprendido entre el 1 de abril de 1998 a 31 de diciembre de 2003, con su correspondiente sanción por mora, la demandante lo recurrió en reposición el 17 de octubre de 2014. El recurso de reposición fue resuelto por la entidad demandada a través de la Resolución N° 553 del 5 de diciembre de 2014, disponiendo confirmar en su integridad la Resolución N° 388 del 11 de septiembre de 2014 pero con la advertencia que en relación con las cesantías de los años 1998 a 2003 dicha entidad procedía a consignar al FNA el valor que correspondiere por esos años. (...) La entidad demandada efectuó la consignación en mención el 28 de noviembre de 2014 al FNA por un valor de \$2.769.349, suma que fue obtenida de acuerdo a liquidación efectuada por esa misma entidad en la que además de incluir las cesantías de los años 1998 a 2003 fueron tenidos en cuenta los intereses a las mismas. Frente a la anterior liquidación y reconocimiento de las cesantías efectuado por la entidad demandada, la demandante manifiesta su inconformidad a través del presente medio de control puesto que no le fue reconocido en los actos administrativos demandados la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías, en relación con el periodo comprendido entre el 1 de abril de 1998 al 31 de diciembre de 2003. No obstante, de acuerdo a lo expuesto en el fundamento normativo de esta providencia, al evidenciarse que la demandante se desempeñó durante el periodo laborado para la entidad demandada como empleada pública de carrera administrativa del nivel territorial y que durante ese tiempo se encontró vinculada en cesantías al Fondo Nacional del Ahorro, no le asiste derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por consignación tardía de las cesantías puesto que al encontrarse regulada esa figura por el inciso 2 del artículo 6 de la Ley 432 de 1998 se determina que dicha indemnización se encuentra dirigida a favor de dicho fondo, más no a favor de la demandante, motivo por el cual será únicamente el FNA quien podrá cobrar a su favor y por ese concepto los intereses moratorios mensuales equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera. En ese orden de ideas, no es factible el reconocimiento de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías, razón por la cual se negará la pretensión SEGUNDA de la demanda. Precisado lo anterior, en lo que respecta a la pretensión TERCERA de la demanda tendiente al reconocimiento y pago de toda indexación y/o valor a su favor causado como consecuencia del no pago oportuno del auxilio de cesantías por el periodo comprendido entre el 1 de abril de 1998 a 31 de diciembre de 2003, la Sala encuentra que en lo que respecta a la liquidación efectuada por la entidad demandada por ese concepto y para ese periodo, el cual arrojó un valor de \$2.762.349, mismo que fue efectivamente consignado por esa entidad a la cuenta de cesantías de la demandante en el FNA, efectivamente no comprendió la indexación reclamada. En ese orden de ideas, no resulta de recibo que a pesar de no haberse efectuado la correspondiente consignación del auxilio de cesantías a favor de la demandante en el periodo comprendido entre el 1 de abril de 1998 a 31 de diciembre de 2003, pretenda la entidad demandada efectuar su reconocimiento al 28 de noviembre de 2014 sin que se hubiere realizado la correspondiente actualización o

## SECCIÓN SEGUNDA

indexación de las sumas causadas por cada uno de los años en mención, pues resulta evidente que el valor del auxilio de cesantías que debió consignarse para los años 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003, efectivamente perdieron su poder adquisitivo a la fecha en que fueron reconocidas y giradas al FNA (28 de noviembre de 2014), resultando indispensable su actualización por razones de equidad y justicia. (...) Así las cosas, la Sala declaró la nulidad parcial de los actos acusados puesto que en lo relacionado con la Resolución N° 338 del 11 de septiembre de 2014, éste no efectuó ningún reconocimiento de las cesantías de los años 1998 a 2003 ni su indexación, y respecto a la Resolución N° 553 del 5 de diciembre de 2014, a pesar de establecerse en su contenido que se efectuó la consignación al FNA el valor de esa prestación y por ese periodo, no dispuso que se efectuaría la indexación a la que se ha hecho mención, aspecto que conduce a la configuración de su nulidad, pues era imperativo que se realizara la actualización de las sumas de dinero a las que se ha hecho mención. Por todo lo previamente expuesto, a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada deberá indexar las sumas correspondientes al auxilio de cesantías para el periodo comprendido entre el 1 de abril de 1998 y el 31 de diciembre de 2003 que reconoció a la demandante hasta el 28 de noviembre de 2014, dando aplicación a la siguiente fórmula:  $V.A. = V.H. \text{ índice Final} / \text{Índice inicial}$ . **Conclusión y resolución.** Por todo lo previamente expuesto, la Sala concluye que habrá lugar a la declaratoria de nulidad parcial de los actos administrativos demandados toda vez que sobre las sumas que se adeudaban a la demandante por concepto del auxilio de cesantías del periodo comprendido entre el 1° de abril de 1998 y el 31 de diciembre de 2003, reconocidas hasta el 28 de noviembre de 2014, no se reconoció la correspondiente indexación, incumpliendo de esta manera un deber en equidad y justicia para que dichas sumas conserven su poder adquisitivo”.

**SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 2017, Exp. 250002342000201503528-00, SECCION SEGUNDA SUBSECCION “A”, MP.DR. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES. PRIMERA INSTANCIA.**



EL TRIBUNAL INFORMA

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Responsabilidad Extracontractual del Estado - Lesiones sufridas por soldado regular mientras prestaba el servicio militar obligatorio que tuvo lesión en su oído derecho / DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Del Daño / De la Imputación - De la Concausalidad y/o la culpa exclusiva y determinante de la víctima – De la medida del Daño -Perjuicios .**

**Síntesis del caso:** Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada Contra la sentencia de primera instancia del 31 de agosto del 2016, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Tercera, que accedió a las pretensiones de la demanda, Señala que no se encuentran acreditadas las circunstancias específicas en las que sucedieron los hechos objeto de la *litis*, no se aportó prueba que demostrara que miembros del Ejército Nacional participaron en la causación de las lesiones endilgadas por el accionante. Expresa que en el presente asunto no existe relación de imputabilidad entre la supuesta lesión sufrida por José Manuel Gacha Serna y el servicio militar prestado, situación que impide declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial en contra de la demandada.

**Extracto:** “(...) Para resolver el recurso de apelación interpuesto y decidir la segunda instancia, el problema jurídico que se plantea se contrae a establecer si ¿es la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional administrativamente responsable por los perjuicios ocasionados a (...) con ocasión de las lesiones sufridas 9 de diciembre del 2011 en su oído derecho durante la prestación de su servicio militar obligatorio? En caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, si deben reconocerse los perjuicios reclamados. Para la sala, se encuentra demostrada la responsabilidad de la administración por el régimen objetivo por daño especial, razón por la cual debe confirmarse el fallo apelado, sin embargo, no sucede lo mismo con los perjuicios, como pasará a verse. De la responsabilidad del Estado: El artículo 90 de la Constitución Política de 1991, consagra lo referente a la responsabilidad del Estado, indicando que la administración “responderá por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, es decir, que desde la perspectiva constitucional se previó una fórmula general de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, por acción u omisión de las ramas del poder público. (...) Del daño. Para

determinar la responsabilidad del Estado, como primera medida debe acreditarse la existencia de un daño en tanto se configura como “[...] el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio [...]”, el cual se encuentra plenamente probado tal como se analizó en el capítulo anterior, como consecuencia de la lesión sufrida el 9 de diciembre del 2011 por José Manuel Gacha Serna consistente en la perforación timpánica del oído derecho, ocurrida cuando utilizó como tapa oídos, para un viaje de apoyo aéreo a la ciudad de Leticia, un papel plástico vinipel. Así las cosas, se deberá establecer si estos daños surgen al ser consecuencia de una violación del contenido obligacional determinado en la Constitución Política y la ley, por parte del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. De la imputación. De conformidad a lo expresado en acápites precedentes el Consejo de Estado ha determinado que el régimen objetivo (sin culpa) por daño especial se aplica a los eventos en los cuales un conscripto ha resultado lesionado durante la prestación de su servicio militar. (...) De conformidad a lo expresado en acápites precedentes el Consejo de Estado ha determinado que el régimen objetivo (sin culpa) por daño especial se aplica a los eventos en los cuales un conscripto ha resultado lesionado durante la prestación de su servicio militar. (...) Por otra parte, la aplicación del régimen subjetivo de responsabilidad por falla del servicio “probado” tiene cabida cuando de las pruebas obrantes en el proceso se observa la configuración de una falla, retraso o irregularidad por parte de la administración que haya causado el daño que se reclama. (...) En ese sentido, la sala no comparte la consideración del *a quo* referente a que en el *sub examine* debía aplicarse el régimen de responsabilidad de la falla del servicio, pues dicha falencia no fue probada en la *litis*. Ahora bien, dado que en el asunto *sub examine* el 9 de diciembre del 2011 el actor, en ejercicio de su servicio militar obligatorio, sufrió una lesión consistente en una perforación timpánica del oído derecho al colocar en sus oídos un papel plástico vinipel para ingresar a un vuelo de apoyo impuesto por una orden, le es aplicable la responsabilidad objetiva por daño especial, es decir, un régimen donde no se analiza la conducta del demandado, quien sólo puede exonerarse de responsabilidad al demostrar cualquiera de las siguientes causales, el hecho exclusivo de un tercero, de la víctima o fuerza mayor. (...) Del análisis de la conducta de (...): (...) La entidad accionada fue incapaz de demostrar durante el proceso que aquella actividad hubiera sido ajena a su vigilancia, por el contrario y no obstante el escaso ma -

## SECCIÓN TERCERA

terial probatorio se acreditó que el accionante se encontraba en cumplimiento de una orden. Lo anterior impide demostrar la existencia de la causal de exoneración de culpa exclusiva de la víctima y en consecuencia conlleva a declarar la responsabilidad administrativa del ente demandado, en virtud de las lesiones sufridas por el actor durante la prestación del servicio militar obligatorio. En pocas palabras, la entidad demandada al no probar la existencia de la causal de exoneración de responsabilidad del hecho exclusivo de la víctima, u otras, pues el comportamiento de la víctima no fue determinante y tampoco exclusivo en la causación del daño, no pudo romper la presunción que sobre ella se ciernen y por tanto en este punto la sala habrá de confirmar la sentencia de primera instancia. De la medida del daño Vale recordar que el *a quo* en la sentencia de primera instancia decidió condenar en abstracto al considerar que “[...] como quiera que no se ha establecido el grado de discapacidad, se condenará en abstracto.”, argumento que no comparte la sala por los razonamientos que pasan a exponerse. Como se indicó con anterioridad, no se encuentra en el expediente el acta de Junta Médico Laboral que es un concepto emitido por el Ejército Nacional que determina los índices lesionales de la persona, es decir, establece el porcentaje de incapacidad laboral de quien ha sufrido una lesión de quien se desempeña dentro de las fuerzas militares. De acuerdo a lo anterior la sala concluye que el acta de Junta Médico Laboral aquella no fue allegada al proceso por la conducta de (...), quien no realizó el trámite para su elaboración, de conformidad a lo afirmado por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, respuesta que no fue objeto de oposición por parte del accionante. La situación descrita no permite a la sala determinar los perjuicios materiales, así como tampoco el reconocimiento del daño a la salud, por cuanto para la liquidación de los valores es necesario determinar el grado de la incapacidad del individuo, índice lesional que no puede ser definido por el juzgador sino por la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional mediante el acta respectivo que en el presente caso no obra en el plenario. Debe aclarar la sala que si bien existe un daño causado al accionante, como se concluyó en acápites anteriores, aquél no acreditó los perjuicios que de tal se desprendieron, pues no adjuntó prueba del porcentaje de incapacidad causado. Del perjuicio moral. El *a quo* condenó en abstracto por este concepto, al considerar que no se había demostrado el grado de incapacidad de (...). En ese orden de ideas, solo habrá lugar a reconocer un (1) salario mínimo por concepto de perjuicios morales por el daño antijurídico causado, dado que se reitera, no hay manera de aplicar la mencionada providencia de unificación del Consejo de Estado por cuanto no hay co-

nocimiento del porcentaje de incapacidad que tiene (...), ya que no fue aportado el acta de la Junta Médico Laboral del Ejército Nacional que precisamente hace la fijación de los índices lesionales de sus integrantes o ex integrantes, dado que dicha acta no se realizó por la conducta negligente de la parte interesada. En ese sentido el mencionado reconocimiento lo hace la sala teniendo en cuenta que las heridas sufridas por el actor le produjeron dolor, pero no hay forma de determinar el índice lesional ocasionado. Del perjuicio a la salud. La primera instancia condenó en abstracto por este concepto, al considerar que no se había demostrado el grado de incapacidad de (...). En ese orden de ideas, solo habrá lugar a reconocer un (1) salario mínimo por concepto de perjuicios morales por el daño antijurídico causado, dado que no hay manera de aplicar la mencionada providencia de unificación del Consejo de Estado, por cuanto no hay conocimiento del porcentaje de incapacidad que tiene (...), ya que no fue aportado el acta de la Junta Médico Laboral del Ejército Nacional que precisamente hace la fijación de los índices lesionales de sus integrantes o ex integrantes y dicha acta no se realizó por la conducta negligente de la parte interesada. En ese sentido el mencionado reconocimiento lo hace la sala teniendo en cuenta que las heridas sufridas por el actor le produjeron una alteración en un órgano auditivo, pero no hay forma de determinar el índice lesional ocasionado. De los perjuicios materiales. El *a quo* resolvió condenar en abstracto por este tipo de perjuicios, al considerar que en el expediente no obra la determinación del índice de incapacidad lesional. A juicio de la sala, deben negarse estos perjuicios precisamente ante la inexistencia en el proceso de la prueba que fija el porcentaje de incapacidad a favor del accionante, pues acceder a la condena en abstracto, es premiar la conducta poco o nada activa de la parte accionante y en ese sentido, aquellos deben ser denegados, motivo por el cual en este punto deberá modificarse la sentencia de primera instancia. CONCLUSIÓN. Para la sala, se debe confirmar el fallo impugnado toda vez que se encuentra demostrado que las lesiones sufridas el 9 de diciembre del 2011 por (...), mientras cumplía el servicio militar obligatorio, son imputables a la administración bajo el régimen objetivo de daño especial, aunado a la no acreditación de la causal exonerativa de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.”

**SENTENCIA DEL 8 DE MARZO DE 2017, Exp.11001333603420140007301, SECCION TERCE- RA SUBSECCION “B”, MP. DR. HENRY ALDE- MAR BARRETO MOGOLLON. SEGUNDA INSTANCIA.**

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA / Responsabilidad Extracontractual del Estado / ERROR JUDICIAL en Sentencias de Primera y Segunda Instancia proferidas por el Juzgado 36 Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección - B – Derivada de ella la causación de los perjuicios originados a la demandante – Del fundamento constitucional de la responsabilidad extracontractual del estado.**

**Síntesis del caso:** “ Se contrae a establecer, si ¿es administrativa y extracontractualmente responsable la Nación - Rama Judicial al haber incurrido en un posible error jurisdiccional en las sentencias de primera y segunda instancia, proferidas por el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Bogotá D.C. y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera Subsección B dentro del proceso radicado No. 11001-33-31-036-2010-00033-00 y 01 y derivado de ello la causación de los perjuicios reclamados por (...)”.

**Extracto:** “Tesis de la Sala: Para la sala, deben negarse las pretensiones de la demanda, dado que revisadas las decisiones del Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Bogotá D.C. y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera Subsección B dentro del proceso radicado No. 11001-33-31-036-2010-00033-0 y 01 no se encuentra probada la existencia de error judicial o jurisdiccional, independientemente que las pretensiones hayan sido adversas al demandante. Del fundamento constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado. El artículo 90 de la C.P. constituye la cláusula general de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado colombiano, de acuerdo con el cual, y siguiendo el modelo de la Constitución Española, acogió la Teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como “aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”, siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión a una autoridad pública. Del estudio del daño antijurídico alegado (...) Es factible indicar, que si bien la sentencia de primera instancia del Juzgado Treinta y Seis Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Tercera adujo que el acto administrativo que debía ser demandado era el oficio 002-02-2007-35140 del 24 de septiembre de 2007, mediante el cual la Comisión Nacional del Servicio Civil da instrucciones a la Superintendencia Nacional de Salud para que procediera al pago de la indemnización, en la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera Subsección B, en segunda instancia se modificó, bajo sus argumentos en un acto diferente, sin que ello conlleve a decir que sea manifiestamente contraria a la ley la primera decisión; aunado a lo anterior, ambas señalaron como argumento la improcedencia de la acción, lo cual con-

duce a señalar que lo anterior, no se constituye en error judicial que cause perjuicios que deban ser reparados, pues es evidente que fue la propia culpa del demandante la que produjo que el acto que presuntamente vulneró derechos goce de presunción de legalidad. Con certeza la normatividad señala que en los 3 eventos, esto es, incorporación, reincorporación o reconocimiento de indemnización debe adoptarse la decisión mediante un acto administrativo, y si bien alega el demandante que en los primeros 2 eventos no existió un acto administrativo, a contrario sensu el Código Contencioso Administrativo aplicable para la época de los hechos, estipuló el silencio administrativo y por ende un presunto acto, el cual podía ser demandado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, decisión que era plausible también en interpretación que llegase a realizarse en la demanda interpuesta; asociado a lo anterior, también como lo expuso la sentencia de segunda instancia existía la posibilidad de haber demandado la Resolución No. 01642 del 5 de octubre de 2007; así las cosas independientemente de cual decisión era la procedente para demandar, lo cierto, claro y preciso es que cualquiera de las 3 decisiones estaban contenidas en un acto materializado, ficto o presunto y que de acuerdo con el artículo 85 del CCA si (...) consideraba que tenía lesionado el derecho de carrera administrativa debía haber cuestionado su legalidad a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como lo decidió primera y segunda instancia dentro de la acción de reparación directa 11001-33-31-036-2010-00033-00. (...) Así las cosas, considera la sala que los argumentos en los cuales se soportó el presunto error jurisdiccional, contrario a lo afirmado por el demandante, fueron aspectos analizados de forma seria y detenida conforme las normas jurídicas pertinentes, jurisprudencia del Consejo de Estado, las pretensiones realizadas y las pruebas aportadas, aunado que dicha tesis expuesta fue suficientemente sustentada con una exposición clara y expresa sobre las razones que se tuvieron en cuenta para adoptar dicha decisión, por lo que resulta forzoso concluir que no existe error alguno y, por ende, debe reiterarse que el Juzgado Treinta y Seis Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Tercera y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera Subsección B demandadas, cumplieron a cabalidad con la obligación de exponer una carga argumentativa que justificara su decisión. En conclusión, para la sala es clara la ausencia de daño antijurídico en el presente caso, y comoquiera que no se acreditaron los presupuestos constituyentes del error judicial, resulta procedente negar las pretensiones de la demanda”.

**SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 2017, Exp. 250002336000201400975-00, SECCION TERCERA SUBSECCION “B”, MP. DR. HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN - PRIMERA INSTANCIA.**

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA - Responsabilidad Administrativa de la Nación- INVÍAS – COVIANDES- INCO - POLICÍA NACIONAL /FALLA EN EL SERVICIO - Derrumbe en vía Nacional antecedido de movimiento telúrico – Falta de señalización preventiva – Daño antijurídico – De la Responsabilidad por falta de cierre de la vía – Nexo causal – Culpa exclusiva de la víctima – Hecho de un tercero – Perjuicio Material – Accede a pretensiones de la demanda.**

*Síntesis del caso: La controversia gravita en torno a la responsabilidad patrimonial de las demandadas por los perjuicios causados por la falla en el servicio en el que incurrieron, al omitir adoptar medidas eficaces para contrarrestar los efectos de los derrumbes ocurridos en la zona, los cuales eran previsibles, por cuanto, meses antes ocurrió un movimiento telúrico, más exactamente el 24 de mayo de 2008, hecho natural este que generó inestabilidad en la zona y que conllevó a que por razón de un deslizamiento de tierras en la vía al llano, generando la muerte de (...) y lesiones de (...).*

**Extracto:** De la responsabilidad del Estado por daños ocasionados por deslizamiento de tierras, caída de taludes o desprendimientos de rocas o escombros en lugares aledaños a las vías públicas. (...) Por lo anterior, en cuanto a daños causados por deslizamientos de tierra o desprendimientos de piedra, la máxima Corporación en lo contencioso ha considerado que el Estado únicamente se encuentra llamado a responder en aquellos casos en los cuales, conociendo de la situación de peligro, no toma las medidas adecuadas para evitarlo. Daño antijurídico: En el presente asunto se plantea por un mismo hecho, dos daños antijurídicos, a saber, **a)** Las lesiones padecidas por la señora (...) y, **b)** La muerte de la señora (...). Respecto del daño antijurídico consistente en las lesiones padecidas por la señora (...), advierte la Sala que dentro del plenario el Informe ejecutivo – FPJ-3 del 14 de julio de 2008, rendido por la Policía Judicial, en el cual se señaló “*EL SEÑOR (...) CC. 4.201.436 SIN MAS DATOS FUE REMITIDO AL HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO (META)*”, sin que del texto de dicho documento se pueda tener certeza que la aquí demandante sufrió algún tipo de lesión a consecuencia del deslizamiento de tierra sobre el vehículo en el que se transportaba. No obra prueba dentro del expediente que acredite la presunta lesión sufrida por (...). Por lo anterior, la Sala no encuentra acreditado el daño alegado a título de lesión de la señora (...), motivo por el cual, la sala se abstendrá de efectuar el estudio de los demás presupuestos de responsabilidad, y en consecuencia, el primer problema jurídico planteado será resuelto de manera nugatoria, por lo que las pretensiones dirigidas a la reparación de este daño, serán denegadas. Frente al daño antijurídico alegado, consiste en la muerte de la señora (...), este se encuentra acreditado, atendiendo a que el día 14 de julio de 2008 en la vía Bogotá – Villavicencio, fue declarada su muerte, tal como consta en el registro civil de defunción y en certificación emanada de la Fiscalía General de la Nación, a consecuencia de un derrumbe en la vía que impactó el vehículo en el que la joven transitaba. Por lo anterior, encuentra acreditado el daño antijurídico reclamado respecto de

la muerte de la joven (...), por lo que bajo tal panorama se seguirán estudiando los demás presupuestos de responsabilidad de las demandadas. Imputación - omisión de ejecución de obras tendientes a mitigar el daño y la señalización del riesgo. (...) Visto lo anterior, es claro para la Sala que, EL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO y la Concesionaria Vial de los Andes – COVIANDES, conocían del peligro inminente de derrumbes en la vía Bogotá – Villavicencio; significando lo anterior, a que si bien estos constituyen hechos de la naturaleza resultaban previsibles para las entidades a cargo de la vía. (...) Nótese que en materia de infraestructura para el transporte le fue asignada al Instituto Nacional de Vías la responsabilidad en el sentido ejecutar las políticas planes, y programas de la infraestructura no concesionada de la red vial nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte. Lo anterior equivale a afirmar que cuando se trate de una vía concesionada, al INVÍAS no le asiste competencia para ejecutar en materia de infraestructura, el mantenimiento de la red vial, pues su competencia, se reitera, radica en vías no concesionadas. Nexo causal. Tal como se advierte en acápites anteriores, el daño antijurídico reclamado esto es, la muerte de la señora (...), el día 14 de julio de 2008 en la vía Bogotá – Villavicencio, a consecuencia del derrumbe de tierras sobre el vehículo en el cual se transportaba, en la vía Bogotá Villavicencio, tramo 5, se encuentra debidamente acreditado. La demandada (...) – INVÍAS, conocía del estado de la Vía al llano y las necesidades de ejecución de obras entre los tramos 4 y 5, obligándose contractualmente a gestionar la obtención de recursos a fin de adelantar las obras necesarias para mitigar el daño causado, omitiendo su deber, lo que generó el daño reclamado por la aquí demandante, encontrando de esta manera acreditado el nexo causal en el presente asunto. De otra parte, el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO – hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, en su calidad de administrador del contrato 444 de 1994, conocía gracias a los múltiples estudios efectuados a la zona con antelación los riesgos de este sector por los constantes deslizamientos de tierra y caída de piedras y rocas que se presentaban en la vía a consecuencia del sismo ocurrido el día 24 de mayo de 2008, así mismo, tenía la obligación legal de ejecutar obras de infraestructura de transporte en el tramo 5, que garantizarán la seguridad en la vía, encontrando así acreditada la imputación contra esta entidad elevada. Así las cosas, se encuentra acreditado el nexo de causalidad existente entre el daño antijurídico reclamado y la omisión en la que incurrió el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO – hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, toda vez que pese a ser informado del riesgo en la zona a través de diversos informes generados con motivo del sismo presentado el día 24 de mayo de 2008, que solicitaban acciones inmediatas de ejecución de obras tendientes a minimizar el riesgo, no se encuentra acreditado dentro del plenario que la entidad demandada, haya dado cumplimiento a su obligación legal, hecho este, que sin lugar a dudas conllevó a la causación del daño. De igual manera advierte la Sala que el daño causado funge claramente por la omisión de mantenimiento de la vía Bogotá – Villavicencio, y que consistía en la señalización de zona de riesgo, mediante acciones eficaces. Advirtiéndose en consecuencia que LA

## SECCION TERCERA



CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES, COVIANDES, omitió su deber de mantenimiento vial del tramo 5 de la vía Bogotá – Villavicencio, al no señalar la zona como de alto riesgo, a través de las señales de tránsito necesarias para prevenir a los conductores sobre los deslizamientos en el sector, donde desafortunadamente murió la señora (...). Es claro para esta Sala que permitir el paso de personas y vehículos por la malla vial de riesgo, sin la debida advertencia del riesgo que se corre, genera sin lugar a dudas la responsabilidad de quien tiene el deber jurídico de mantenimiento de la vía, en el presente caso, tal como se advirtió de la CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES – COVIANDES. Culpa exclusiva de la víctima. Se presenta como excepción la culpa exclusiva de la víctima, señalándose que a través de diversos medios de comunicación se advirtió a la ciudadanía del riesgo existente el corredor vial Bogotá – Villavicencio, y aun así la joven (...), asumió el riesgo de transitar por dicha zona, lo que a criterio de la demandada constituyó el eximente de responsabilidad culpa exclusiva de la víctima. Al respecto, debe precisar la Sala que el eximente de responsabilidad culpa exclusiva de la víctima no está llamado a prosperar, por cuanto, si bien la occisa (...), podrían haber conocido del riesgo en la vía atendiendo a la información rodante en los medios de comunicación, lo cierto es que no asumieron el riesgo de transitar por una zona de alto riesgo, en tanto, la vía BOGOTA – VILLAVICENCIO, se encontraba funcionando el día de su regreso a Bogotá, lo que permite inferir que para el momento de los hechos no se advirtió a la comunidad del riesgo que se corría al transitar por el lugar, de otro lado, la occisa, no hizo caso omiso a la señalización de zona de riesgo, en tanto esta era inexistente, por lo anterior, habida cuenta que el hecho generador del daño no funge a consecuencia de la acción u omisión exclusiva de la víctima, el eximente de responsabilidad alegado no se encuentra acreditado. Hecho de un tercero. Alega la demandada la configuración del eximente de responsabilidad hecho de un tercero consistente en la omisión en la que incurrió el conductor del vehículo vinculado a la empresa Flota la Macarena, quien hizo caso omiso a las indicaciones de la policía de tránsito y permaneció en la zona de riesgo, pese a la advertencia de estos de apartarse del lugar. Al respecto, debe precisar esta Corporación, que en el presente asunto no se encuentra configurado el eximente de responsabilidad alegado, en tanto, la presunta omisión alegada por parte del conductor del vehículo donde se transportaba la occisa (...), no es la causa eficiente de daño, es decir, este no generó el derrumbe.”

**SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 2017, Exp. 250002326000201100221-01, SECCION TERCERA SUBSECCION “C”, MP. DRA. MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO - PRIMERA INSTANCIA.**

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / Responsabilidad Patrimonial y Administrativa del Estado como consecuencia de las omisiones de las entidades demandadas – Metrovivienda – Distrito Capital – Secretaría Distrital de Planeación - EAAB – IDU – Omisión al no ejecutar las actividades que les correspondían para desarrollar el proyecto Ciudadela Campo Verde tal como quedó consignado el laudo arbitral de 23 de octubre de 2008 / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.**

**Síntesis del caso:** La sociedad interpone acción de Reparación Directa, con la finalidad de que se declare patrimonial y administrativamente responsable a las demandadas, METROVIVIENDA (...), como consecuencia de las omisiones en que dichas entidades incurrieron, al no ejecutar las actividades que les correspondían para desarrollar el Proyecto Ciudadela Campo Verde, tal como quedó consignado en el Laudo Arbitral de 23 de octubre de 2008. Se debe determinar si en el presente caso se ha configurado la caducidad de la acción de reparación directa o, si por el contrario la acción se ejerció dentro del término previsto por la Ley.

**Extracto:** CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA: Se tiene que la caducidad es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público.(...) En conclusión, debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho dentro del término que señala la ley. Esto ocurre cuando el plazo concedido por el legislador para formular una demanda vence sin que se haya hecho ejercicio del derecho de acción, y ello está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no. (...) De igual manera, cuando el daño por el cual se reclama indemnización proviene de una conducta omisiva de la Administración, la prolongación en el tiempo de esa actitud omisiva, no puede conducir a pensar que se está frente a una inexistencia del término para intentar la acción, por el contrario, en tales eventos, el término empezará a contabilizarse desde el día siguiente en que se consolidó la omisión, es decir, desde el momento en el cual se puede predicar el incumplimiento de un deber por parte de la Administración y aquél sea conocido por parte de quien se le produjo el daño antijurídico. DE LA CONFIGURACIÓN DEL FENÓMENO DE CADUCIDAD EN EL CASO CONCRETO. Las demandadas, concuerdan en señalar que en el presente asunto opero el fenómeno de caducidad, por cuanto el demandante experto en materia de urbanización, conocía con anterioridad a la decisión del laudo arbitral, el daño y los presuntos responsables del mismo. En el caso *subjudice*, teniendo en lo anterior, encontramos documentalmente probado que el hecho dañoso objeto de la presente reparación directa, resulta ser la omisión de las entidades públicas en adelantar las obras primarias y la falta de aprobación del plan

parcial del proyecto. Ahora bien, el interrogante que surge es ¿A partir de cuándo, el demandante tiene conocimiento de la presunta omisión en la que incurrieron las entidades demandadas, al no adelantar las obras primarias y al no dar trámite y aprobar el plan parcial? (...) Resalta la Sala que con anticipación el aquí demandante, evidencio las omisiones que imputa a las demandadas, y es que en Acta No. 24 del 25 de Enero de 2006 de la Junta de Fideicomiso Ciudadela Campo Verde, el Dr. (...) Gerente del proyecto manifestó: “no solo el plan parcial ha presentado retrasos en su consecución, sino que igualmente están atrasado los canales, y la avenida de acceso (avenida Santa Fe), por lo que es claro que los compromisos que se manifiestan en los pliegos de condiciones que dieron origen al patrimonio autónomo y a la gerencia del proyecto no se cumplieron.(...) Así pues, el aquí demandante es conocedor del daño causado y de los presuntos responsables del mismo desde el 25 de enero de 2006, y no hasta el 23 de octubre de 2008, como de manera errada pretende dilucidar. El Contrato de Gerencia culminó el 18 de marzo de 2007, a criterio de esta Sala de decisión, es a partir de este momento en donde el aquí demandante, concreta su daño pues durante los cuatro (4) años que duro el Contrato de Gerencia, el mismo no fue posible adelantarlos, según este por la acción omisiva de las demandadas. A partir de ésta última fecha, el demandante contaba con el término perentorio de dos (2) años para obtener la reparación del daño causado, lo que significa que contaba hasta el 19 de marzo de 2009, para interponer la acción de reparación directa en contra de METROVIVIENDA D.C. DEPARTAMENTO DE PLANEACION DISTRITAL – INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA. (...) Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que antes de intentar la acción de reparación directa, es requisito de procedibilidad para este tipo de acciones, adelantar el trámite de conciliación extrajudicial. Sustento de esto, es el artículo 42A de la ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009. En el presente asunto la solicitud de conciliación fue interpuesta el 16 de diciembre de 2009; el escrito contentivo de la demanda fue radicado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de mayo de 2010, es decir, claramente fuera de los términos legales con que contaba el demandante para incoar la presente acción de reparación directa, por lo tanto, en el presente asunto operó el fenómeno de la caducidad de la acción. En consecuencia, esta Sala resuelve el problema jurídico, en el sentido de encontrar probada la excepción de caducidad elevada por las demandadas.”

**SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2017, Exp. 250002326000201000280-01, SECCION TERCERA SUBSECCION “C”, MP. DRA. MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO- PRIMEIRA INSTANCIA.**



## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA / Responsabilidad Extracontractual del Estado por FALLA EN EL SERVICIO – Por liquidación definitiva de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento el 6 de Noviembre de 2009 que le impidieron a la parte demandante el ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – ASPECTOS GENERALES SOBRE LA CADUCIDAD EN LAS ACCIONES DE REPARACIÓN DIRECTA – Revoca fallo de primera instancia y declara probada la excepción de caducidad de la Acción**

**Síntesis del caso:** *Se trata de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida el catorce (14) de julio de 2015, por el Juzgado Veintidós Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, a través de la cual se declaró la indebida escogencia de la acción.*

Extracto: “El Juez de primera instancia advirtió una indebida escogencia de la acción, ya que del material probatorio aportado se verificó la existencia de actos administrativos que modificaron o crearon la situación jurídica de la demandante, razón por la cual el presente caso se debió llevar por los preceptos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. El extremo accionante en el recurso de alzada precisa que se invoca es la responsabilidad de las demandas por la falla del servicio en que incurrieron con la liquidación definitiva de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento impidiendo a la actora el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Para acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa es necesario formular demanda a través del medio de control adecuado e idóneo para lo pretendido, como quiera que el Decreto 01 de 1984 para cada una de las acciones estableció unos requisitos previos para demandar, caducidades e incluso procedimientos diferentes. Así las cosas, en materia contenciosa administrativa la fuente del daño determinara el medio de control procedente para ventilar las pretensiones del demandante ante la Jurisdicción, así como el término en el cual se podrá ejercer. Aspectos generales sobre la caducidad en las acciones de reparación directa. El fenómeno jurídico de la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de la correspondiente acción, que tratándose de acciones contencioso administrativas se encuentra consagrado en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. Es el término prefijado por la ley, que transcurre independientemente y aún contra voluntad del beneficiario de la acción. Tratándose de la acción de reparación directa como en el asunto de la referencia, el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, estableció: “ARTÍCULO 86. Modificado por el art. 16, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 31, Ley 446 de 1998 *La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del 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 cualquier otra causa. Por su parte el numeral 8° del artículo 136 del CCA, reza: “Art. 136.- Modificado. Decreto 2304 de 1989, artículo 23. Modificado. Ley 446 de 1998, artículo 44. (...) 8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente*

*de del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa”.* (...) Así las cosas, una vez acaecido alguno de los supuestos consagrados en la norma, el interesado cuenta con el término perentorio de dos (2) años para demandar, pero si los deja transcurrir sin presentar la demanda, la acción caduca. Cabe resaltar que el fenómeno de la caducidad se presenta únicamente con el hecho objetivo de la falta de ejercicio de la acción pertinente, dentro del término señalado por la ley para el efecto, el cual se fundamenta en la necesidad de establecer un plazo apreciable para determinar el fenecimiento de una acción. (...) Del Caso Concreto. Al analizar los fundamentos fácticos y jurídicos del libelo de la demanda, como del escrito de apelación, encuentra la Sala que la demandante refirió como fuente del daño supuestamente irrogado, la liquidación definitiva de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, que le impidió el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de la cual pretendía la cancelación de prestaciones sociales que consideraba adeudadas en virtud de la relación del servicio que sostuvo con la entidad. Precisa la parte demandante en el libelo de la demanda: (...) Atendiendo lo prescrito en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, según el cual la acción de reparación directa caduca al vencimiento de los dos (2) años siguientes al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente de inmueble y analizados los fundamentos fácticos de la demanda, encuentra la Sala que el acaecimiento del cual se pretende derivar la responsabilidad estatal consiste en los perjuicios sufridos por los demandantes, con ocasión de la liquidación definitiva de la ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, realizada el día 6 de noviembre de 2009. Preciso lo anterior, para la Sala el término de caducidad de la acción debe, entonces, contarse a partir del 10 de noviembre de 2009 razón por la cual la parte demandante tenía en principio para interponer la demanda hasta el 10 de noviembre de 2011 para interponer la demanda. Una vez revisado el expediente se advierte que la demanda de reparación directa de la referencia fue presentada ante la secretaria de la sección tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de diciembre de 2011, por lo cual la Sala concluye que en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción”.

**SENTENCIA DEL 2 DE MARZO DE 2017, Exp. 110013331722201200040 02, SECCION TERCERA SUBSECCION “A”, MP. DR. ALFONSO SARMIENTO CASTRO-SEGUNDA INSTANCIA.**



## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / Responsabilidad Administrativa del Estado / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – De que fue objeto el actor dentro del trámite penal adelantado en su contra como presunto coautor de los punibles de secuestro extorsivo agravado y homicidio / LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Del daño – Ausencia de pruebas de la configuración de daño antijurídico alegado.**

**Síntesis del caso:** *La parte demandante solicita: " declarar que el Sr. (...) fue privado injustamente de su libertad y, en consecuencia, que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN es patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios irrogados a los demandantes. Como consecuencia de lo anterior, y toda vez que el Sr. (...)y la Srta. (...), la Srta.(...), y la niña(...), deben ser indemnizados por los daños causados condenará a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer y pagar a su favor los siguientes conceptos(...)"*

**Extracto:** La responsabilidad del Estado. La Constitución Política consagra la Cláusula General de responsabilidad del Estado, así :“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...). La presente demanda estructura sus pretensiones con base en el título jurídico de imputación de privación injusta de la libertad, el cual encuentra su fundamento legal en los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, que estableció: (...) De lo anterior, entiende la Sala, que, la jurisprudencia vigente ha sostenido que para resolver los casos por privación injusta de la libertad, éste título de imputación deviene en responsabilidad objetiva siempre que ocurra uno de los siguientes supuestos: Que el sindicado no haya cometido la conducta que se le atribuye. Que el hecho investigado no existió. Que el hecho investigado no sea constitutivo de conducta punible. Que se absuelva al sindicado en aplicación del principio In dubio pro reo. (...) En esta medida, en criterio de la Sala al comprobarse que el demandante resultó absuelto por alguno de los supuestos señalados en el párrafo anterior mediando una afectación a su derecho fundamental a la libertad, el régimen aplicable al caso es objetivo, sin que sea necesario evaluar el mayor o menor ejercicio de la función instructora de la Fiscalía General, como tampoco una posible falla en el servicio de la Entidad. Sin perjuicio de que se pruebe que el daño alegado haya provenido exclusivamente por el obrar doloso o gravemente culposo del propio agente, o que éste no haya interpuesto los recursos de ley, igual que por causas ajenas a la Administración, como el hecho de un tercero, pues en esos casos el Estado quedará exonerado de responsabilidad. Del daño.(...) En cuanto al daño, en la demanda se hace consistir en la privación de la libertad de (...) del 3 de septiembre de 2010 al 30 de diciembre de 2010, pues, según se narra en el libelo inicial, la Fiscalía resolvió imponerle medida de aseguramiento privativa de la libertad, decisión que asevera el demandante, fue declarada ilegal en providencia del 30 de diciembre de 2010 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bogotá. (...) De la revisión del plenario, advierte la Sala que se aportó copia de la investigación penal surtida dentro del radicado No. 51.474 en la cual se averiguó la presunta comisión de unas conductas punibles por parte de (...), no obstante lo anterior, dentro de dicha documental, obrante en los cuadernos 3 a 12 del expediente, no reposan medios de convicción que permitan con-

cluir que efectivamente el demandante estuvo privado de su libertad. Como se refirió en el acápite de hechos probados, en el presente asunto se demostró que (...) fue vinculado a través de indagatoria a la investigación penal por los delitos de secuestro y homicidio, en atención al reconocimiento fotográfico efectuado por (...). Así mismo, se acreditó que el Despacho Dieciséis de la Fiscalía Especializada delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la Unidad Nacional Especializada contra el Secuestro y la Extorsión, profirió resolución de preclusión el 19 de marzo de 2013, ordenando la cancelación de la orden de captura en su contra; disposición que fue cumplida el 21 de marzo de 2013 por la Asistente de Fiscal D-16 UNCSE. Pese a lo anterior, no se acreditó que la orden de captura librada contra el demandante se hubiera hecho efectiva. Tampoco se demostró que la Fiscalía delegada hubiera calificado la situación jurídica de (...) con la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, ni que esta hubiera sido declarada ilegal por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado el 30 de diciembre de 2010. Ahora bien, para la Sala tampoco es posible admitir que la orden de captura librada en contra del demandante se hizo efectiva una vez rendida su diligencia de indagatoria, toda vez que en el plenario no existe constancia de que la autoridad judicial que lo requirió hubiera formalizado la orden de aprehensión. Así, según el mandato del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 del 2000) en aquellos casos en los cuales el capturado deba ser recluso, el funcionario judicial tendrá el término de 36 horas, como plazo máximo, para legalizar la situación, caso en el cual deberá expedir mandamiento escrito al director del centro de reclusión para que se efectúe la privación de la libertad del capturado. (...) De otra parte, llama la atención de la Sala que no se hubiera allegado la providencia mediante la cual se definió la situación jurídica del indiciado, así como tampoco la que presuntamente declaró su ilegalidad, más aun cuando en el proveído calificadorio del mérito del sumario se ordenó la cancelación de la orden de captura, que según el demandante había sido efectiva, y no de la medida privativa de la libertad. Así, en criterio de la Sala los elementos probatorios allegados al plenario no son suficientes para demostrar que efectivamente el demandante estuvo privado de su libertad por los delitos de secuestro y homicidio y que esta tuvo ocurrencia en las fechas señaladas en la demanda, esto es, del 3 de septiembre al 30 de diciembre de 2010. Finalmente, recuerda la Sala que el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del CPACA, consagra que “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, significa lo anterior que correspondía a la parte demandante acreditar la existencia de la privación injusta de la libertad de (...) y la duración de la misma. Sin embargo, dicha carga fue desatendida por el extremo activo de la relación jurídico procesal, pues pese a que allegó medios probatorios para soportar sus pretensiones, estos resultaron insuficientes para demostrar la existencia del daño antijurídico alegado en la demanda. En consecuencia, se impone denegar las pretensiones de la demanda por privación injusta de la libertad ante la ausencia de pruebas de la configuración del daño antijurídico alegado.”

**SENTENCIA DEL 9 DE MARZO DE 2017, Exp. 2500023360002015-0106700, SECCION TERCERA SUBSECCION “A”, MP. DR.ALFONSO SARMIENTO CASTRO- PRIMERA INSTANCIA.**

## SECCIÓN TERCERA

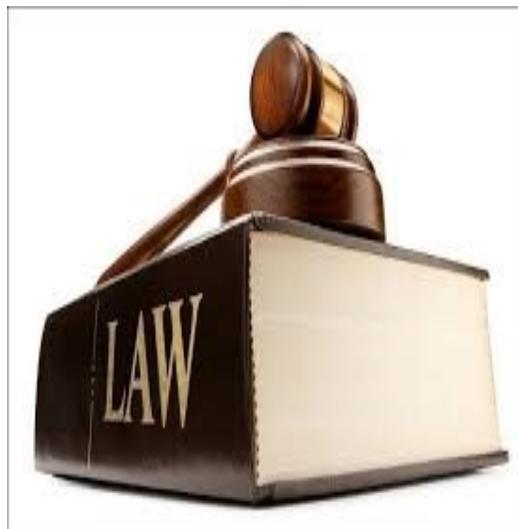
**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Responsabilidad Administrativa y Extracontractual por los daños causados a soldado regular quien durante actos del servicio resultó herido por esquilas al ser activado un artefacto explosivo improvisado AEI por parte de un soldado compañero. De la responsabilidad patrimonial del Estado en el caso concreto – Daño – Nexo Causal – Indemnización de perjuicios.**

*Síntesis del caso: Se trata de decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado 35 Administrativo del Circuito de Bogotá el cual accedió a las pretensiones de la demanda.*

**Extracto:** Corresponde establecer si la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional es administrativamente responsable de los presuntos daños ocasionados al señor (...) durante la prestación del servicio militar obligatorio. DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL CASO CONCRETO. La parte actora pretende que se declare la responsabilidad del NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL por los daños ocasionados como consecuencia de las lesiones sufridas por el señor (...) mientras presta su servicio militar obligatorio. OCURRENCIA DEL HECHO: Frente a los hechos relatados en la demanda y el material probatorio incorporado en el plenario, se encuentra demostrado que el señor Wilmer Gabriel Montoya estaba prestando su servicio militar cuando sufrió las lesiones.(...) De igual forma, se encuentra acreditado que en hechos ocurridos el 17 de septiembre de 2011, Vichada, el soldado (...) sufrió una lesión; lo anterior, de conformidad con el informativo administrativo por lesiones obrante a folio 4 c.1 en donde se indicó (...) DAÑO. Respecto de dicho elemento de la responsabilidad, la sala no tiene duda de la existencia del mismo, toda vez que dentro del proceso obra el acta de junta médica laboral No. 62116, realizada el 28 de agosto de 2013, por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, donde se indicó que el señor (...), tenía una pérdida de la capacidad laboral del 75.46%. NEXO CAUSAL: Así, la sala resalta que en la sentencia de primera instancia se consideró que con las pruebas obrantes dentro del expediente se tenía acreditada la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por las lesiones y secuelas padecidas por el señor (...), con ocasión de las lesiones que sufrió durante la prestación del servicio militar obligatorio. (...) Teniendo en cuenta lo anterior, la sala parte por precisar que el Estado tiene la obligación de responder por los daños que sufran los soldados que prestan el servicio militar obligatorio, a menos que se demuestre que el daño provino de una causa extraña. (...) En efecto, en consideración al estado de conscripción en el que se encontraba el soldado (...), tal como indicó el juez de primera instancia, únicamente le asistía el deber de soportar aquellas limitaciones o inconvenientes inherentes a la prestación del servicio militar obligatorio, como la restricción a los derechos fundamentales de locomoción, libertad, etc., sin embargo se

advierde que durante la ejecución de su deber constitucional le sobrevinieron lesiones o afecciones a bienes que tienen protección jurídica como la vida, la integridad personal y la salud, de allí que ellas son la causa de imputación de daño antijurídico al Estado, por cuanto en dicho caso, el soldado conscripto no comparte ni asume ese tipo de riesgos con el Estado. Por lo anterior, la sala confirmará la sentencia de primera instancia mediante la cual se declaró la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por las lesiones sufridas por el señor (...), durante la prestación del servicio militar obligatorio. Perjuicios Materiales: La sala encuentra que los perjuicios materiales en su modalidad de LUCRO CESANTE se encuentran debidamente establecidos en la sentencia de primera instancia, si bien el porcentaje de pérdida de capacidad laboral varió, es de señalar que de todas formas la liquidación debe hacerse con base en el 100%, pues la pérdida se mantuvo en un porcentaje superior al 50% (65.46%) motivo por el cual la sala únicamente dispondrá la actualización del valor reconocido a título de lucro cesante (\$202.556.749) con fundamento en la fórmula prevista para el efecto.(...) Es del caso señalar, que el recurrente en su apelación, indicó que se debía descontar de todo reconocimiento lo causado por indemnización a forfait, no obstante, esa colegiatura considera que no le asiste razón por el siguiente argumento: (...) Conforme lo anterior, es de indicar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado en distintas oportunidades que la indemnización a forfait y la indemnización plena no son excluyentes entre sí.(...) Por lo tanto la indemnización a *forfait* y la prestación indemnizatoria que ahora se persigue a cargo del responsable del daño, tienen causas jurídicas distintas y por lo tanto no se excluyen entre sí, razón por la cual no es de recibo el argumento del apelante al afirmar que como ya se causó la indemnización por muerte, no resulta procedente la indemnización de perjuicios materiales.”

**SENTENCIA DEL 15 DE MARZO DE 2017, Exp. 110013336035 2013 0032601, SECCION TERCERA SUBSECCION “B” , MP. DR. CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA-SEGUNDA INSTANCIA.**



## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN / Condena del Consejo de Estado Sección Segunda en fallo de 24 de septiembre de 2009, por haber proferido la ex servidora pública demandada acto administrativo por medio del cual se hacen incorporaciones a la planta de personal de FAVIDI, a personas que venían prestando sus servicios en cargos de libre nombramiento y remoción dejando de incorporar a persona que se encontraba en cargo de carrera –De la Acción de Repetición- Requisitos de Procedibilidad de la Acción de Repetición – Cumplimiento de los requisitos para la procedibilidad de la misma.**

*Síntesis del caso: Lo pretendido es la declaratoria de responsabilidad de la ex servidora pública (...) por haber proferido el acto administrativo (...) por medio de la cual se hacen unas Incorporaciones en la planta de personal de FAVIDI, a personas que venían prestando sus servicios en cargos de libre nombramiento y remoción, dejando de incorporar al señor (...) quien se encontraba en carrera en el cargo de Técnico, código 401 Grado 12, lo que generó la condena impuesta contra el FAVIDI, con sentencia del 26 de agosto de 2009, proferida en segunda instancia por el Consejo de Estado, M.P. Gustavo Gómez Aranguren, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2001-7152, en donde se acceden a las pretensiones de la demanda, ordenando el reintegro y el pago de los salarios, emolumentos y prestaciones dejados de percibir.*

**Extracto: De la Acción de Repetición:** El artículo 90 de la Constitución Política estableció la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que sean causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, así mismo, este artículo consagró que en el evento de que sea condenado el Estado por reparación patrimonial, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, la administración deberá repetir contra este último, a través de la acción de repetición. Los requisitos de procedibilidad de la acción de repetición... Por su parte el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento, ha reiterado la postura de la Sección Tercera, de que los elementos necesarios y concurrentes para la declaratoria de repetición son: “La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena. (...)” “La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado. (...)” “El pago efectivo realizado por el Estado. “La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa”. (...), también ha sostenido el Consejo de Estado, que el operador no debe limitarse a las definiciones contenidas en el Código Civil de dolo o culpa grave, sino debe analizar las características particulares del caso, las cuales deben armonizarse con lo contemplado en los artículo 6° y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, también, deberá tener en cuenta los reglamentos o manuales respectivos y los conceptos de buena y mala fe contenidos en la Constitución Política y en la Ley. (...). Cumplimiento de los requisitos para la procedibilidad de la acción de repetición. Frente a este tema, la Sala procederá a analizar uno por uno los requisitos

establecidos para la procedencia de la acción de repetición en el caso en concreto, teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, así: (...) Así las cosas, para efectos de establecer el dolo o la culpa grave de la señora (...), al haber proferido el acto administrativo por medio del cual incorpora a la planta, personas que desempeñaban cargos de libre nombramiento y remoción, encontramos lo siguiente: Para el caso en concreto, se tiene que la señora (...), en uso de sus facultades legales como gerente, conferidas en el Acuerdo 02 de 1977, “por el cual se crea el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital” proferido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, en lo refiere a nombrar y remover el personal del Fondo conforme a las disposiciones legales y estatutarias ( art.10 literal f íbidem), y dando cumplimiento al artículo 6° de la Resolución No. 002 de 2001, procedió a expedir acto administrativo Resolución No. 122 del 20 de abril de 2001, incorporando a la planta de personal del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital –FAVIDI, a funcionarios que se encontraban prestando sus servicios en la entidad en cargos de libre nombramiento y remoción, además, profirió las Resoluciones 121,122 y 123 de 20 de abril de 2001, concluyendo de esta forma, que en principio la expedición de estos actos administrativos obedeció al cumplimiento de sus funciones otorgadas por acuerdo y resolución. (...) Lo anterior, en vista de que el juez de la repetición debe contar con las pruebas necesarias para llegar al convencimiento de que el demandado actuó con dolo o culpa grave, ya que su decisión no puede basarse y atarse únicamente en los argumentos sostenidos por el juez de la nulidad y restablecimiento, toda vez que, para el caso en concreto i) se debe realizar un propio análisis basándose en las pruebas allegadas al proceso y no en las pruebas que relaciona el juez de la nulidad y restablecimiento del derecho dentro del proceso No. 2001-7152 , como quiera que en principio estas no fueron practicadas dentro de esta acción de repetición, como tampoco, fueron puestas en conocimiento a la hoy demandada en el proceso de nulidad y restablecimiento ya que ella no fue parte; de ser tenidos en cuenta los argumentos y las pruebas que se hacen referencia en el fallo de nulidad y restablecimiento del derecho, antes citado, se estaría vulnerando los derechos de defensa y contradicción, ii) se debe tener en cuenta que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y de repetición tienen fines diferentes, pues se deben probar situaciones distintas, en la primera acción se busca desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado y en la segunda, se trata de probar los requisitos objetivos y el requisito subjetivo relacionado con demostrar la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado, esto para la procedencia de esa acción. En este orden de ideas, la Sala observa que el material probatorio recaudado dentro del proceso, es insuficiente para demostrar el dolo o la culpa grave del actuar de la señora Piedad Cecilia Pineda Arbeláez al expedir el acto administrativo Resolución No. 122 del 20 de abril de 2001, que dio origen a la condena a FAVIDI dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2001-7152, pues solo se allegó i) las sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales como quedó claro no son suficientes para demostrar el dolo o la culpa grave del demandado, ii) copia de las Resoluciones No. 121, 122, y 123 del 20 de abril de 2001, de las cuales no se demuestra un actuar doloso o gravemente culposo por parte de la demandada, pues lo que se prueba es que ella actuó conforme a sus funciones de Gerente de FA-

## SECCIÓN TERCERA

VIDI y iii) Acuerdo No. 257 del 30 de noviembre de 2006, por medio del cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones, Decreto No. 581 de 18 de diciembre de 2007, por medio del cual se adopta el modelo de Gerencia Jurídica Pública para las entidades, organismos y órganos de control del Distrito Capital, y se efectúan unas delegaciones y asignaciones de funciones del Alcalde Mayor en materia de representación Judicial de Bogotá D.C., certificado del 2 de septiembre de 2011, suscrita por la responsable del área de talento humano del FONCEP, acta No. 005 del 7 de abril de 2011, donde el comité decide presentar acción de repetición contra la demandada y documentos que acreditan el pago de la obligación, al respecto, estas pruebas no relevantes para efectos de demostrar este último requisito. Con estas documentales no se logra demostrar que la demandada hubiese actuado de forma negligente al expedir la Res. 122 del 20 de abril de 2001, sin emplear el cuidado que una persona negligente o poco prudente suele emplear; tampoco, se prueba que la señora Piedad Cecilia Pineda Arbeláez hubiese actuado con la intención y la determinación de realizar el acto ilegal o con mala fe en la toma de esta decisión, queriendo expedir un acto contrario a la ley y que el mismo fuere capaz de producir un daño. Es de advertir, que era deber de la parte demandante probar con medios fehacientes e indiscutibles la culpa grave o el dolo en la actuación realizada por la demandada cuando profirió el acto administrativo declarado nulo parcialmente, esto tal como lo contempla el artículo 177 del C.P.C, no obstante, dicha carga no fue cumplida. Así las cosas, se concluye que en el proceso de la referencia no se logró demostrar el último de los requisitos dispuestos para que proceda la acción de repetición antes citados, respecto a acreditar la conducta dolosa o gravemente culposa de la demandada, razón por la cual, esta Sala procederá a negar las pretensiones de la demanda.

**SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2017, Exp. 250002326000201101237-01, SECCION TERCERA SUBSECCION "C" MP. DR. JOSE ELVER MUÑOZ BARRERA- PRIMERA INSTANCIA.**



## SECCIÓN CUARTA



**MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / Colombiana de tiquetes S.A. – Reseña histórica impuesto del fondo de pobres / IMPUESTO UNIFICADO DE FONDO DE POBRES, AZAR Y ESPECTÁCULOS.**

**Síntesis del caso:** La Sala centra su estudio, en establecer si las declaraciones de retención del impuesto unificado de fondo de pobres, azar y espectáculos, fueron presentadas conforme a derecho, o si hay lugar a declarar mayores valores.

**Extracto:**”... Como reseña histórica y fuente normativa del Impuesto de Fondo de Pobres, se encuentra lo dispuesto en el Acuerdo 1º del 29 de enero 1918, regulación que fue expedida en vigencia de la Constitución de 1886. Posteriormente, la Ley 72 de 1926 estableció las facultades al Municipio de Bogotá. En razón a la convalidación que presentó esta ley, el Distrito de Bogotá en el año de 1996 mediante el Decreto 423, artículos 7y 117 expidió el cuerpo jurídico que compila las normas sustanciales vigentes de los tributos distritales. Respecto al recaudo del impuesto de fondo de pobres, el Distrito traspasó dicha facultad mediante contrato suscrito el 24 de febrero de 1946, a la Beneficencia de Cundinamarca, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 33 de 1938, donde determinó que se comprometería al sostenimiento de todos los indigentes que le remita la alcaldía. Anudado a lo anterior, el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, profirió el Acuerdo 56 del 10 de diciembre de 1965, que en su artículo primero le cedió al Fondo Rotatorio de espectáculos públicos lo correspondiente al impuesto denominado "fondo de Pobres" que se recauda en la Plaza de Toros de Santamaría, creado por acuerdo 1 de 1918.(...) Adicionalmente, dispuso que “los contribuyentes del impuesto unificado de fondo de pobres, azar y espectáculos en el Distrito Capital, deberán presentar y pagar la declaración del impuesto,

dentro del mes siguiente a la realización de la actividad gravada, dentro de los plazos que se establezcan para el efecto por parte del Gobierno Distrital, descontando el valor pagado por concepto de anticipo o retención practica”. Más adelante y en función legislativa, el Congreso de la República mediante la Ley 1439 de 2011, se derogó lo que respecta a los espectáculos públicos de las artes escénicas. Dejando claro, que el impuesto de fondo de pobres si es exigible conforme a lo establecido en el Acuerdo 399 de 2009, solo que de manera independiente al impuesto de azar y espectáculos. En este orden de ideas el hecho generador se consolida con la realización del evento, siendo este el momento preciso en que se materializa efectivamente la boletería que fue vendida con anterioridad, ello en consideración a las normas que así lo respaldan las cuales se hicieron referencia en el marco jurídico y que son ratificadas por el Consejo de Estado, así: “(...) se infiere que desde la creación del tributo, con el Acuerdo 1 de 1918, convalidado por la Ley 72 de 1926, los elementos de este tributo son los siguientes: **Sujeto activo:** es el Distrito Capital de Bogotá. **Sujeto pasivo:** es la persona natural o jurídica que realice espectáculos públicos en los teatros, cinematógrafos, plazas de toros, hipódromos, circos de maromas y demás espectáculos públicos análogos, que cobren el ingreso al público. **Hecho generador:** es la realización de cualquier espectáculo público, sin importar la denominación que le dé el empresario, en el que se cobre el ingreso al público. **Base gravable:** es el valor de las entradas efectivas. **Tarifa:** es el 10% de la base gravable.” (Subrayado fuera de texto) En relación a lo visto la Corte Constitucional ha dicho que, “no siempre resulta exigible que la determinación de los elementos del tributo sea expresa, y que no se presenta trasgresión del principio de legalidad tributaria cuan-

## SECCIÓN CUARTA

do uno de los elementos de la obligación no está determinado en la ley, pero es determinable a partir de ella, como quiera que (...) No toda ambigüedad en la ley que crea un tributo o toda dificultad en su interpretación conduce a la inconstitucionalidad de la misma, porque para ello es necesario que el alcance de la ley no pueda ser determinado (...)(...)En conclusión, el hecho generador se configura cuando el tiquete, boleta o entrada se hace efectiva, o sea, con la realización del evento, siendo así razonablemente determinar lo dispuesto en la fuente legal que dio origen al presente impuesto, lo que nos indica que, la declaración de dicho impuesto recae al mes siguiente de la fecha del espectáculo, pues se trata de un impuesto que lleva inmersa una condición resolutoria no taxativa en la norma, la cual nos indica que, si el evento no se realiza, el impuesto por declarar estaría sujeto a la devolución por el contribuyente a su comprador, entonces de esta forma, se perdería el elemento esencial el cual ha sido determinado como la efectividad de la venta de la boleta. De tal forma y al considerar que el dictamen pericial es la prueba sobre la cual la Sala determinara la base gravable del impuesto declarado y discutido,(...) (...) En ese orden y como quiera que la Sala acoge los resultados respecto de la base gravable que arrojó el dictamen pericial, y por ende lo que refleja el anterior cuadro sobre el impuesto a cargo, se concluye que procede la anulación total de los actos acusados, por cuanto, de una parte, respecto del impuesto a cargo correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, julio, agosto y septiembre de 2010, el valor determinado con base en el dictamen pericial es incluso inferior al consignado en las declaraciones privadas de retención en la fuente, por tanto habrá de declararse la firmeza de los denuncios privados respecto de dichos meses; y de otra parte, respecto de los meses de abril y junio de 2010, el impuesto a cargo corresponde al determinado con fundamento en la base gravable establecido en el dictamen pericial efectuada la depuración de la cuenta 2815,(...) **DECLARAR LA NULIDAD** de la resolución nro. 1596 DDI157834 del 20 de octubre de 2011 expedida por la Subdirección de Impuestos a la Pro-

ducción y al Consumo, y resolución DDI 051729 del 15 de noviembre de 2012, expedida por la Jefe de Oficina de Recursos Tributarios.(...) Como restablecimiento del derecho, declárese la firmeza de las declaraciones privadas presentadas por la sociedad COLOMBIANA DE TIQUETES S.A. – COLTICKETS S.A., respecto del Impuesto Unificado de Fondo de Pobres Azar y Espectáculos por los meses de enero, febrero, marzo, julio, agosto y septiembre del año gravable de 2010....”(Negrillas de la Sala).

**SENTENCIA DEL 08 DE MARZO DE 2017, Exp. 25000-23-37-000-2013-00272-00, SECCIÓN CUARTA - SUBSECCIÓN "A", MP. Dra. AMPARO NAVARRO LÓPEZ – Primera Instancia.**



## SECCIÓN CUARTA



### MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Impuesto sobre la renta / DEDUCCIONES ESPECIALES / DEDUCCIONES EN INVERSIÓN DE ACTIVO FIJO REAL PRODUCTIVO.

**Síntesis del caso:** La Sala centra su estudio, en establecer si la sociedad demandante le asiste derecho a la deducción legal por inversión en activos fijos reales productivos, relacionados con su actividad productora de renta.

**Extracto:** “... El Impuesto sobre la Renta es un tributo de orden nacional y directo, cuya finalidad se concreta en gravar los ingresos que obtenga un contribuyente durante el año, que sean susceptibles de producir incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, siempre que no hayan sido expresamente exceptuados, y considerando los costos y gastos en que se incurre para producirlos. De conformidad con lo establecido en el canon 26 del Estatuto Tributario, para determinar la renta líquida gravable se deberán sumar todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o periodo gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio(...) Las deducciones, son las expensas legalmente aceptables para el desarrollo de la actividad generadora de renta, siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionalidad de acuerdo con cada actividad, en virtud de lo previsto en el artículo 107 del E.T....”

**“Artículo 158-3. Deducción por inversión en activos fijos.** A partir del 1° de enero de 2007, las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, podrán deducir el cuarenta por ciento (40%) del valor de las inversiones efectivas realizadas solo en activos fijos reales productivos adquiridos, aun bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra, (...)”

**Parágrafo 2°. A partir del periodo gravable 2010, la deducción a que se refiere este artículo será del treinta por ciento (30%) del valor de las inversiones efectivas sólo en activos fijos productivos”** (Se resalta). Dicho precepto normativo, fue reglamentado mediante el Decreto 1766 de 2004, que en su artículo 1° dispuso: **“Artículo 1°. Deducción especial.** Las personas naturales y jurídicas contribuyentes del Impuesto sobre la renta, podrán deducir en la determinación del Impuesto sobre la renta de los años gravables de 2004 a 2007, inclusive, por una sola vez en el período fiscal en el cual se adquiera, el treinta por ciento (30%) del valor de las inversiones efectivamente realizadas en la adquisición de activos fijos reales productivos (...)En relación con la definición y características de un activo fijo real productivo, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado: *“A juicio de la Sala, cuando el legislador especificó que la deducción sólo recaía en la adquisición de “activos fijos reales productivos”, sí hizo una distinción, pues, excluyó del beneficio aquellos activos que no son fijos, o no son reales o no son productivos...”* (...) (...) se precisa que las mejoras necesarias propias de las relaciones contractuales en virtud del arrendamiento son aquellas que se invierten en la cosa para su adecuada conservación... Por ello, son asumidas por el propietario del bien. Entre tanto, las mejoras voluptuarias son aquellas que consisten en lujos innecesarios, y que por lo mismo no son reembolsables, salvo que hubiere mediado autorización expresa del propietario. Pero más allá de lo dicho, es irrefutable que las adecuaciones y remodelaciones que realizó en Falabella S.A. se hicieron en bienes ajenos incumpliendo así el beneficio de la deducción de que trata el artículo 158-3 del E.T. cuyo aplicación es restrictiva; (...)Sobre este preciso aspecto, el H. Consejo de Estado, en sentencia del 10 de diciembre de 2015 proferida por la Sección Cuarta dentro del proceso identificado con el número de radicación 25000232700020090000601, señaló: *“La Sala ha señalado que los conceptos de cargos diferidos y activo fijo no son asimilables por el simple hecho de que los primeros deban registrarse contablemente como activos diferidos. (...) De acuerdo con lo anterior, la inversión en la remodelación de un inmueble arrendado, que se registra como diferido, no es objeto de la deducción por inversión en activos fijos reales productivos porque en estricto sentido representan un gasto y no un activo fijo en los términos del artículo 60 del E.T. como lo requiere el artículo 158-3 del E.T. y su decreto reglamentario”* (...) Como se denota de las pruebas documentales, las inversiones a las que esta alude tener derecho de deducirse del impuesto sobre la renta por constituirse en activos fijos reales productivos, realmente pertenecen a gastos incurridos durante el ejercicio que no se relacionan directamente con el proceso productivo de la demandante (comercialización de productos – prendas y asociados). Ahora bien, respecto del centro de distribución a distancia a que se refiere la demandante, así como el punto de venta a distancia y la compra de iluminarias de Falabella Medellín, advierte la Sala que tampoco se acreditó la inversión de activos fijos en tales establecimientos de los cuales se pueda inferir la relación directa y permanente con la actividad productora de renta, (...)Por tales razones, la Sala negará las pretensiones de la demanda en tanto no fue demostrado que esta haya incurrido en inversión en activos fijos reales productivos durante el periodo objeto de fiscalización...”(Negrillas de la Sala).

**SENTENCIA DEL 09 DE MARZO DE 2017, Exp. 25000-23-37-000-2014-00741-00, SECCIÓN CUARTA - SUBSECCIÓN “B”, MP. Dra. CARMEN AMPARO PONCE DELGADO – Primera Instancia.**

## SECCIÓN CUARTA

**MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / LARS COURRIER S.A. / SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ADUANERA / Normas de valoración en aduana – Valor en aduana mercancías importadas – Procedimiento para hacer efectiva garantía de obligaciones y tributos aduaneros.**

**Síntesis del caso:** La Sala centra el debate en determinar la legalidad de la Resolución por medio de la cual la DIAN, impuso sanción por incumplimiento de las obligaciones aduaneras a la demandante.

**Extracto:** “...NORMAS DE VALORACIÓN EN ADUANA. Artículo 1 1. El valor en aduana de las mercancías importadas será el valor de transacción, es decir, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación, ajustado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) que no existan restricciones a la cesión o utilización de las mercancías por el comprador, con excepción de las que (...) **Cuando como consecuencia de la verificación efectuada por las empresas de mensajería especializada, se detecten inconsistencias, mercancías que no correspondan a la modalidad, o mercancías declaradas por un valor inferior, el funcionario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales elaborará a través de los servicios informáticos electrónicos, el acta de diligencia en la cual dejará constancia de las circunstancias encontradas y señalará el trámite procedente según el caso.** Cuando las mercancías ingresen a través de la Sociedad Servicios Postales Nacionales, el transportador deberá realizar la planilla de envío de la mercancía amparada en el documento de transporte máster. El traslado de mercancías hacia la central de clasificación será realizado bajo responsabilidad de la Sociedad Servicios Postales Nacionales. (...)... el funcionario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales elaborará a través de los servicios informáticos electrónicos, el acta de diligencia en la cual dejará constancia de las circunstancias encontradas y señalará el trámite procedente según el caso. Conforme a la preceptiva rectora, la autoridad aduanera en caso de observar inconsistencias en la información suministrada por el intermediario aduanero, (...) Artículo 119-1. Duda en el valor declarado. En los eventos de la verificación de los paquetes postales o los envíos urgentes en que resulte una diferencia entre el valor consignado en el documento de transporte y los precios de referencia de la base de datos del sistema de administración de riesgos o los provenientes de otras fuentes, se procederá de la siguiente manera: **Cuando el valor consignado en el documento de transporte resulte inferior al precio de referencia, el funcionario competente planteará la duda correspondiente considerando dicho precio y los otros parámetros del sistema de administración de riesgo, cuando corresponda. La entrega de la mercancía bajo esta modalidad procederá si dentro del término legal de permanencia de la misma en el depósito, el intermediario, presenta a la autoridad aduanera los documentos que demuestran el precio realmente pagado o por pagar, o realiza de forma libre y voluntaria el respectivo ajuste.** (...) Adicionalmente debe advertirse que en dichas actas de hechos quedaron registradas por parte de los funcionarios de la DIAN las inconsistencias entre el valor fijado por la intermediaria de tráfico postal (LARS COURRIER S.A.) y el de la lista de precios con que cuenta la demandada. (...) El artículo 514 *ibidem* establece: Liquidación oficial de revisión de valor. La autoridad aduanera podrá formular Liquidación Oficial de Revisión de Valor cuando se presenten los siguientes errores en la Declaración de Importación: **valor FOB, fletes, seguros, otros gastos, ajustes y valor en aduana, o cuando el valor declarado no corresponda al valor aduanero de la mercancía establecido por la autoridad aduanera.**(...) (destaca la Sala). Al efecto, al verificarse el acto administrativo que declara el incumplimiento a LARS COURRIER S.A., la DIAN invoca dentro de los fundamentos de derecho el artículo 530 de la Resolución nro. 4240 de 2000 (reglamentaria del Estatuto Aduanero) referente al procedimiento para hacer efectiva las garantías, así: Artículo 530. Procedimiento para hacer efectivas garantías cuyo pago no está condicionado a un procedimiento administrativo sancionatorio previo. **En aquellos eventos en los que las garantías deban hacerse efectivas, sin que medie un procedimiento administrativo para la imposición de sanción por infracción aduanera o para la definición de la situación jurídica de una mercancía, o para la expedición de una liquidación oficial, la Dependencia competente deberá, dentro del mes siguiente a la fecha en que establezca el incumplimiento de la obligación garantizada, comunicar al usuario o responsable este hecho, otorgándole un término de diez (10) días para que dé respuesta al oficio o acredite el pago(...)**... Sin embargo, el acto administrativo que hace efectiva la póliza de cumplimiento, no es un acto de tipo sancionatorio, sino la consecuencia de la ocurrencia de un siniestro amparado dentro del contrato de seguro, (...) En efecto, en este caso, la discusión de valor o controversia de valor era un aspecto que correspondía darlo a la DIAN frente al importador, no a la compañía de seguros. (...) Para la Sala, una vez definido el siniestro la aseguradora debe salir a su cumplimiento, en esta labor no supe ni sustituye la actividad que le correspondería realizar al importador para desvirtuar esa diferencia de valor. En el caso de autos, hay prueba de que el importador contestó el requerimiento especial, pero no que hubiera recurrido la liquidación de revisión de valor, de manera que puede entenderse que aceptó no sólo esa liquidación oficial, sino que se hiciera efectiva la garantía. (...) Así, el procedimiento prescrito por el Legislador para determinar mediante liquidación oficial de revisión los respectivos valores, es más amplio y garantista que el empleado por la DIAN en el *sub judice*. Además, pese a que en la Resolución de incumplimiento nro. 03-241-201-670-12-0509 de 19 de marzo de 2015 se conceden los recursos de reposición y apelación, se pretermitieron los beneficios de reducción sanción que tiene el intermediario de importación, al propio tiempo que se hizo directamente efectiva la póliza de cumplimiento, esto es, sin antes permitirle al contribuyente defenderse ante la presunta infracción que le endilga la autoridad aduanera. La previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso ha sido llamada por la Carta Fundamental como "formas propias de cada juicio", y constituye la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de los jueces o de la administración, se sale ilegítimamente de los cauces de la legalidad. (...) (...) al desatender las *formas propias de cada juicio* la DIAN vulneró el debido proceso constitucional de LARS COURRIER S.A., es evidente que los actos enjuiciados están viciados de nulidad. Prospera el cargo....”

**SENTENCIA DEL 02 DE MARZO DE 2017, Exp. 25000 23 37 000 2015 01943 00, SECCIÓN CUARTA - SUBSECCIÓN “B”, MP. Dr. JOSÉ ANTONIO MOLINA TORRES – Primera Instancia.**

## SECCIÓN CUARTA

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CITIBANK N.A. / DEVOLUCIÓN DE PAGO DE LO NO DEBIDO Y/O EN EXCESO – Retenciones en la fuente - Rendimientos financieros – ELEMENTO ESENCIAL PARA QUE SE PRESENTE EL PAGO DE LO NO DEBIDO - Causa legal - Término solicitud de devolución.**

**Síntesis del caso:** El debate se centra, en determinar si se configuró violación al derecho fundamental del debido proceso, por: No concederse los mecanismos de impugnación procedentes contra el acto administrativo, no dar respuesta suficiente a la solicitud de devolución y si legalmente se configuró un verdadero pago de lo no debido o en exceso y su correspondiente devolución en caso de proceder.

**Extracto:** “...La **obligación Tributaria** es un vínculo jurídico (de carácter público) entre el Estado y las personas (naturales, jurídicas y asimiladas), en virtud del cual estas deben cumplir para con aquel una prestación que se desdobra en dar, hacer y no hacer. Como bien se aprecia, esta definición comprende los siguientes elementos (...). (...)Con arraigo en el artículo 95-9 superior, las personas deben contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad. Quiere decir esto que todas las personas son potenciales contribuyentes de los tributos existentes,... Tributación que se cristaliza en la medida en que las personas incurran en los respectivos hechos generadores con el subsiguiente cumplimiento de sus obligaciones frente a la Administración tributaria. De otra parte, cuando el contribuyente efectúa un pago al que no estaba obligado, tiene derecho al reintegro de las sumas pagadas en exceso. Al respecto el artículo 850 del ET prevé: ARTÍCULO 850. DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR. (...) Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución. **La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor** (se destaca)(...) Tratándose del pago de lo no debido, el Consejo de Estado ha considerado: [...] Cuando no se realiza el hecho generador de un determinado impuesto, el pago que se realice por tal concepto constituye un pago de lo no debido, pues adolece de causa legal toda vez que no nace la obligación jurídico tributaria. También se configura pago de lo no debido, cuando a pesar de que se presentan todos los elementos de la obligación tributaria, el legislador determina que un contribuyente debe tener un trato preferencial, (...)El artículo 850 del Estatuto Tributario consagra en su inciso segundo, que la Administración Tributaria debe devolver oportunamente a los contribuyentes, “los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor.”(...)...por no corresponder a ninguna obligación legal no debe permanecer en las arcas del erario público y que puede ser el resultado de: a)Un saldo a favor registrado en una declaración Tributaria b)Un pago en Exceso, y c) **Un Pago de lo no debido.** El último de los literales anteriores se configura cuando se hayan efectuado pagos con cargo a impuestos no administrados por la DIAN, o a los administrados por ella, cuando el pago se ha efectuado sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento (...)En relación con la retención en la fuente que debía practicarse en las operaciones realizadas por fondos de inversión extranjeros, disponía el artículo 18-1 del ET, modificado por el artículo 62 de la Ley 223 de 1995: **Artículo 62.** Fondos de Inversión de Capital Extranjero. El primer inciso del artículo 18-1 del Estatuto Tributario quedará así: Los fondos de inversión de capital extranjero no son contribuyentes del impuesto de renta y complementarios por las utilidades obtenidas en el desarrollo de las actividades que les son propias. Cuando sus ingresos correspondan a dividendos, que de haberse distribuido a un residente en el país hubieren estado gravados, se generará el impuesto a la tarifa del treinta y cinco por ciento (35%), el cual será retenido por la sociedad pagadora del dividendo, al momento del pago o abono en cuenta. ...**Las retenciones que resulten en exceso en un periodo mensual podrán ser descontadas de las que se causen en los meses subsiguientes, dentro de los doce (12) meses siguientes.** Las pérdidas sufridas por el inversionista, acumuladas a 31 diciembre de 2012, podrán ser amortizadas con las utilidades del año gravable 2013. En materia tributaria, contra los actos administrativos relacionados con impuestos administrados por la Unidad Administrativa Especial de la Dirección General de Impuestos Nacionales procede el recurso de reconsideración, por lo que una vez agotada la vía administrativa se puede acudir a la jurisdicción contencioso (...)En ese orden de ideas, como en el acto administrativo acusado no se indicó la procedencia del recurso de reconsideración previsto en el artículo 720 del ET, el efecto, según la norma en mención, era no exigir su interposición como requisito previo para acudir a esta jurisdicción. Por tanto, es evidente que no se quebrantó el debido proceso en la actuación administrativa surtida por la DIAN. Además, en gracia de discusión, bien pudo la actora interponer el mencionado recurso dentro de la oportunidad legal, pero no lo hizo. No prospera el cargo. (...)En ese orden de ideas, puede suceder que las sumas pagadas en exceso no hayan podido ser compensadas como consecuencia del límite temporal impuesto por la Ley 1607 de 2012, por lo que evidentemente se configuraría un saldo a favor que puede ser objeto de devolución, siempre y cuando se demuestre su existencia. Con arraigo en lo anterior la Sala considera que si bien no es muy ortodoxo el análisis normativo efectuado por la Administración en el acto administrativo demandado (por el cual se negó la devolución de la demandante), es lo cierto que tampoco se encuentra probada en el proceso la existencia de un pago en exceso que amerite declarar la nulidad del acto administrativo demandado, motivo suficiente para desestimar las pretensiones de la demanda. No prospera el cargo...”

**SENTENCIA DEL 16 DE MARZO DE 2017, Exp. 25000 23 37 000 2015 00091 00, SECCIÓN CUARTA - SUBSECCIÓN “B”, MP. Dr. JOSÉ ANTONIO MOLINA TORRES – Primera Instancia.**

## DESTACADAS

### HOMENAJE A LA MUJER Honorable Consejo de Estado

#### Relatoría en perspectiva de género

Por Hugo Bastidas Bárcenas  
Ex magistrado del Consejo de Estado.<sup>1</sup>

Con la simple definición de perspectiva de género extraída de Wikipedia, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial pide que las relatorías agudicen su sentido de síntesis y su capacidad de encontrar la nuez o la *ratio decidendi* de una providencia cuando los hechos indiquen que, aunque el juez no lo hizo expresamente, hubo una decisión con perspectiva de género.

Perspectiva de género es una categoría analítica, dice Wikipedia, que acoge a todas aquellas metodologías y mecanismos destinados al estudio “*de las construcciones culturales y sociales propias para los hombres y las mujeres, lo que identifica lo femenino y lo masculino*”, que supone la existencia de una desigual distribución de poder entre géneros en todas las clases sociales. Incluye, desde luego, estudios sobre lo femenino y lo masculino desde una perspectiva LGTBI.

Como ya está claro, el género es una categoría de análisis diferente al sexo de las personas y tiene que ver con la cultura creada alrededor del rol que desempeñan los sexos en las relaciones humanas.

Como ven, la perspectiva de género parte de la idea de que hay una desigualdad tradicional entre los sexos, esta desigualdad se hace presente en los contenciosos que los jueces deben resolver continuamente y para volver a equilibrar esas relaciones desiguales y conceder los derechos y la dignidad que corresponde al género más estigmatizado (que generalmente es la mujer) es necesario acudir a la herramienta denominada perspectiva de género. Suele traducirse esta cuestión en el ámbito judicial como sistemas especiales de valoración de la

<sup>1</sup> Discurso leído en Bogotá, el 9 de noviembre de 2016, en el encuentro nacional de relatores de la Rama Judicial.

**DESTACADAS****HOMENAJE A LA MUJER**  
**Honorable Consejo de Estado**

prueba, o como presunciones en favor del género en situación de debilidad manifiesta o como poderes del juez para corregir la redacción sesgada de la ley.

Sobre todo lo dicho, quiero compartir con ustedes algunas breves reflexiones sobre la perspectiva de género en las providencias judiciales, en especial, mencionaré algunas sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que son la muestra de que todo juez está obligado a dictar decisiones a favor de la igualdad y de la dignidad.

Luego, me referiré al *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, que celebró el Gobierno con las FARC (en adelante el Acuerdo), pues sigue siendo un tema de innegable importancia.

**1. Relevancia del precedente constitucional para resolver asuntos judiciales con perspectiva de género**

Colombia tiene la obligación internacional de proteger a la mujer, pues ha ratificado los tratados relacionados con la eliminación de toda forma de discriminación. Están, por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Esas convenciones son parte del bloque de constitucionalidad.

Desde luego, esa obligación también está a cargo de los jueces, que deben tener la capacidad de identificar los casos en los que se deba aplicar el enfoque de género, esto es, casos en los que adviertan la necesidad de adoptar medidas afirmativas para superar situaciones de discriminación.

**DESTACADAS****HOMENAJE A LA MUJER**  
**Honorable Consejo de Estado**

La Corte Constitucional, por ejemplo, ha destacado la importancia de proteger a la mujer, al punto que ha creado reglas para decidir casos con enfoque y perspectiva de género. Están las reglas para decidir casos de protección a la mujer en el campo laboral, las reglas para proteger a la mujer privada de la libertad, las reglas para proteger los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, las reglas para proteger la unidad familiar, entre otras.

En la sentencia C-634 de 2011, la Corte Constitucional dijo que una cualidad deseable de los sistemas democráticos, como el colombiano, es la coherencia del sistema judicial. Ante la existencia de asuntos análogos, esto es, casos con identidad jurídica y fáctica, el juez está en la obligación de adoptar la misma decisión, en aras de fortalecer los principios de igualdad y seguridad jurídica.

De ahí que la Corte ha dicho que la implementación de reglas y subreglas es una herramienta valiosa no solo para juzgar casos idénticos y análogos, sino para contribuir con la eliminación con toda forma de discriminación. Es una forma necesaria forma de materializar el derecho a la igualdad.

La Corte también ha entendido que las sentencias de constitucionalidad (y, en general, las sentencias de unificación de las altas cortes) imprimen coherencia al ordenamiento jurídico, pues en la *ratio decidendi* de esas sentencias se fijan las subreglas que luego sirven para dirimir los conflictos entre la Constitución y la ley o cuando se trata de decidir casos concretos relacionados con derechos fundamentales.

En esta oportunidad, expondré solo algunas de las subreglas que ha sentado la Corte Constitucional, respecto de la protección a la mujer, en especial, cuando es víctima de la violencia sexual.

## DESTACADAS

**HOMENAJE A LA MUJER**  
**Honorable Consejo de Estado**

Conviene precisar que, para garantizar la equidad, la Corte Constitucional, en aplicación de los tratados internacionales de protección a la mujer, ha reconocido que las mujeres son un grupo históricamente discriminado y que, en consecuencia, el Estado tiene la obligación de tomar acciones positivas (medidas afirmativas) para garantizar la igualdad material y así ayudar a superar el estado de discriminación.

En las sentencias C-534 de 2005 y T-386 de 2013, la Corte dijo que todas las autoridades públicas están en la obligación de garantizar la igualdad material de las personas y, por tanto, dar *«especial protección constitucional **de la mujer**, como sujeto históricamente desprotegido y marginado»*, obligación que, desde luego, incumbe a todos los jueces.

Asimismo, en la sentencia T-967 de 2014, la Corte explicó que la administración de justicia debe impartirse con **perspectiva de género**, pues *«el Estado tiene obligaciones ineludibles en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo, lo que se materializa por ejemplo, en **a)** garantizar a todos y todas, una vida libre de violencia y discriminación por razón del sexo; **b)** prevenir y proteger a las mujeres y las niñas de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida en su contra; e **c)** investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer»*.

De modo que, si se advierte un trato discriminatorio contra la mujer, el juez está en la obligación de equiparar a las partes dentro del proceso y garantizar que se supere esa situación. La igualdad no solo se predica respecto de las cargas y deberes procesales, sino que trasciende a la obligación de dictar sentencias razonablemente justas.

## DESTACADAS

### HOMENAJE A LA MUJER Honorable Consejo de Estado

En cuanto a la violencia sexual contra la mujer, en la sentencia T-453 de 2005, la Corte estudió el precedente judicial internacional y citó, entre otros, la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos para concluir que la violencia sexual es una especie de tortura<sup>2</sup>, que justamente requiere de intervención urgente del juez para evitar la revictimización. Además, la Corte estableció que las víctimas de delitos sexuales tienen derecho a:

1. Acceder a un recurso legal efectivo, de tal manera que se asegure la efectividad de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.
2. Expresar sus opiniones y preocupaciones, que incluye el derecho de las víctimas a que se les comuniquen todas las decisiones que puedan afectar sus derechos.
3. Recibir trato respetuoso y consideración durante todo el proceso judicial, especialmente, para evitar la revictimización. Por ejemplo, deben reducirse las molestias que puedan causar las diligencias que se adelantan en el proceso, tales como contactos directos con el agresor, repetición innecesaria de exámenes o pruebas, etc.
4. Recibir protección contra toda forma de coerción, violencia o intimidación que pueda llegar a perturbar la vida íntima de la víctima.
5. Desde luego, las víctimas tienen derecho a recibir trato objetivo e imparcial.
6. Solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas y que conlleven una intromisión innecesaria, o desproporcionada en el derecho a la intimidad y que puedan llegar a afectar la dignidad humana.

<sup>2</sup> T-453 de 2005: La Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que cuando el Estado permite la impunidad en casos de delitos sexuales viola el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Revisado de conformidad con el Protocolo N° 11, completado por los Protocolos N° 1 y 6) y además ha reconocido que la admisión de pruebas que afecten innecesariamente la intimidad de las víctimas o que permitan una segunda victimización, tales conductas constituyen una violación de los artículos 3, 8 y 13 del Convenio. **Aydin v. Turquía, Caso No. 23178 de 1994, 25 de septiembre de 1997.** La Aydin es una ciudadana turca de origen kurdo quien contaba con 17 años de edad en la fecha de los hechos. Aydin fue detenida junto con su padre y cuñada para ser interrogados por sus supuestos vínculos con el Partido de los Trabajadores del Kurdistan. Durante su detención, la víctima fue separada de sus familiares, le vendaron los ojos, la golpearon, desnudaron y violaron. Tres días después fue liberada. Luego de poner en conocimiento de las autoridades lo ocurrido, el fiscal encargado del caso envió a la víctima a ser examinada por tres médicos diferentes, sin experiencia en casos de violación, para que determinaran si era virgen antes de los hechos, y si existía alguna evidencia de heridas físicas. Los médicos certificaron que había rasgadura del himen y algunos moretones en la cara interna de las piernas de Aydin, pero su falta de experiencia impidió determinar la antigüedad de las heridas. El gobierno alegó que ni Aydin ni sus familiares habían estado detenidos y que Aydin sostenía relaciones sexuales con dos miembros del Partido de los Trabajadores del Kurdistan. El fiscal no ordenó ni practicó ninguna otra prueba y dio por terminada la investigación. En el caso ante la Corte Europea, la demandante alegó que la omisión de las autoridades para realizar una investigación adecuada, le impidió acceder a la justicia y obtener una reparación adecuada. Para la Corte se violaron los artículos 3 y 13 de la Convención (prohibición de tortura y acceso a un recurso judicial efectivo), porque la investigación sólo se cumplió formalmente y no estuvo dirigida a corroborar la ocurrencia de la violación.

**DESTACADAS****HOMENAJE A LA MUJER**  
**Honorable Consejo de Estado**

7. El derecho a que se entienda que no existe consentimiento real y libre de presiones, por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que exterioricen ese rechazo.

Esas reglas y subreglas fijadas por la Corte Constitucional son importantes herramientas para decidir casos relacionados con delitos sexuales contra a mujer. Y no solo tienen sustento en la Constitución, sino en los tratados y demás instrumentos internacionales establecidos para erradicar cualquier forma de discriminación y de violencia contra la mujer. De ahí a la importancia para que todos los jueces y juezas las conozcan y que las relatorías se encarguen de hacer visible el trabajo del poder judicial en orden a erradicar toda forma de discriminación por razón de género.

En seguida, me referiré a dos casos del Consejo de Estado, Sección Cuarta, que muestran que el juez de tutela también debe utilizar las reglas y subreglas jurisprudenciales para decidir casos en los que advierta la vulneración de los derechos de la mujer.

El primero es un caso de discriminación laboral. La demandante era una fiscal delegada ante el Tribunal de Santander y fue trasladada de su lugar de trabajo (Bucaramanga) a Bogotá, por estrictas “necesidades del servicio”, según se explicó en el acto administrativo de traslado<sup>3</sup>.

Por vía de tutela, la demandante alegó que el acto administrativo vulneraba derechos fundamentales, porque la Fiscalía General de la Nación ordenó el traslado sin tener en cuenta que estaba a cargo de sus padres —adultos de la tercera edad que están enfermos (su madre padece de Alzheimer y su padre de enfermedades cardíacas)—. La demandante alegó, además, que el traslado originó una discriminación por razones de género, porque sólo las mujeres fueron trasladadas, mientras que los hombres permanecieron laborando en Bucaramanga.

<sup>3</sup> Expediente de tutela 2016-00171-01 de Susana Eugenia Ramón Rojas contra la Fiscalía General de la Nación. Consejo de Estado, Sección Cuarta, (2016, junio 8), magistrado ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

**DESTACADAS****HOMENAJE A LA MUJER**  
**Honorable Consejo de Estado**

La Sección Cuarta del Consejo de Estado amparó los derechos fundamentales a la unidad familiar, al trabajo en condiciones dignas y al debido proceso de la demandante, y el derecho fundamental a la salud de sus padres, porque: **i)** conforme con el test antidiscriminación, fijado por la Corte Constitucional en la sentencia T-098 de 1994, la Fiscalía no probó que el traslado se produjo estrictamente por razones del servicio, sino que se probó que existió discriminación por razón de género. **ii)** La Fiscalía abusó del *ius variandi*, pues ordenó el traslado sin indagar sobre las condiciones personales y familiares de la mujer trasladada.

La sentencia en cuestión tuvo en cuenta que en estos casos la carga de la prueba se invierte y, por ende, corresponde a la autoridad que ordena el traslado demostrar que es la necesidad del servicio y no las prácticas discriminatorias la que motiva el traslado. En esas condiciones, el Consejo de Estado aplicó las reglas jurisprudenciales que ha establecido la Corte Constitucional y concluyó que la mujer discriminada únicamente debe probar:

- i) Que es parte de un grupo históricamente discriminado: las mujeres.
- ii) Que en la misma situación, otras personas que no hacen parte del grupo sospechoso han recibido tratamiento diferente: solo se trasladaban mujeres y los hombres seguían en la sede habitual de trabajo.
- iii) Que el trato diferenciador vulneró derechos fundamentales: en el caso en cuestión, se probó que la unidad familiar se rompió y que incluso estuvo en riesgo el derecho a la salud.

Además, la sentencia precisó que el acto discriminatorio es una acción consciente o inconsciente, **i)** que no admite ser justificada a la luz de los criterios de razonabilidad y de proporcionali-

**DESTACADAS****HOMENAJE A LA MUJER**  
**Honorable Consejo de Estado**

dad, con que suelen motivarse los actos de traslado, y **iii)** que a pesar de la corrección, la conducta no se adecuaba a los fines constitucionales permitidos.

El segundo es un caso de violencia sexual. Fue un caso de los llamados tutela contra la providencia judicial que se dictó en la acción de reparación directa en la que se discutía la responsabilidad patrimonial del Estado, por la obra de un irresponsable policía que violó a una niña de ocho años<sup>4</sup>.

Las pretensiones indemnizatoria no prosperaron en sede ordinaria, porque si bien existían pruebas testimoniales que demostraban la conducta delictiva del funcionario, lo cierto es que no se halló en el proceso la prueba documental que demostrara que el funcionario cometió el delito sexual mientras se encontraba en servicio.

Los perjudicados presentaron tutela contra el tribunal que negó la reparación de los perjuicios. Mediante sentencia de tutela, la Sección Cuarta del Consejo de Estado consideró que la autoridad judicial demandada incurrió en defecto fáctico, porque no valoró conjuntamente el material probatorio aportado al proceso y, en cambio, le restó mérito probatorio a los testimonios, sin que hubieran sido tachados de falsos o de sospechosos. Que, además, el tribunal demandado no tuvo en cuenta que la víctima era una niña de 8 años (mujer, menor de edad, esto es, persona en doble situación de vulnerabilidad). En consecuencia, se concedió la tutela y se ordenó al tribunal que volviera a proferir la sentencia con un análisis probatorio adecuado y que incluyera el enfoque de género para proteger los derechos de la mujer menor de edad, víctima del abuso sexual por parte de un integrante de la policía.

Como ya lo dije: en los casos de violencia contra la mujer, los jueces tienen el deber de dar enfoque de género a las sentencias y, en consecuencia, deben valorar las pruebas de una forma diferente y teniendo en consideración a la víctima y su especial situación de

<sup>4</sup> Tutela 2015-03406-00 de José Miller Ledezma contra el Tribunal Administrativo del Cauca. Consejo de Estado, Sección Cuarta, (2016, junio 28), magistrado ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

**DESTACADAS****HOMENAJE A LA MUJER  
Honorable Consejo de Estado**

de vulnerabilidad. Eso se torna más relevante cuando se trata de niñas y de lamentables casos de violencia sexual cometidos por servidores públicos.

En otras palabras: los jueces deben aplicar las subreglas de la Corte Constitucional para asuntos de violencia sexual. Se trata de garantizar el acceso material a la justicia; escuchar a la víctima; tratar a la víctima con respeto y consideración, sin revictimizarla; valorar el contexto de la situación sin prejuicios contra la víctima, entre otros.

En últimas, el tribunal del segundo caso debió buscar la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas, que no se suple con la sola indemnización pecuniaria, sino que, además, debe incluir medidas de satisfacción y garantías de no repetición de la conducta que generó la falla del servicio del Estado, porque se trata de lamentables hechos en los que el Estado (policía prevalido de autoridad) en lugar de proteger y garantizar los derechos humanos, los vulnera y comete abominables actos de violencia sexual.

Ese tipo de medidas de reparación integral incluso facultan al juez para ordenar que la entidad pública responsable realice acciones enfocadas a pedir perdón y a educar a los funcionarios sobre la existencia de normas nacionales e internacionales de protección y respeto a la mujer, para que esos casos no se vuelvan a repetir.

Aquí anticipo la gran conclusión del primer tema que he venido abordando: todos los jueces deben aplicar el precedente constitucional, es decir, las reglas fijadas por la Corte Constitucional para casos análogos, para que así, la justicia sea ordenada, coherente. De hecho, las demás cortes también pueden fijar precedentes y subreglas que deben ser acatadas por los demás jueces, tal y como lo hizo el Consejo de Estado en las dos sentencias de tutela que compartí con ustedes.

**DESTACADAS****HOMENAJE A LA MUJER  
Honorable Consejo de Estado**

Y otra gran conclusión sería la de que en este foro salga la iniciativa de los relatores para que todos los jueces y magistrados de Colombia, con mayores veras los de alta corte, utilicen expresamente la herramienta del enfoque de género o perspectiva de género cuando pretendan con buen juicio conceder u otorgar derechos a mujeres en situación de desprotección o víctimas mujeres de delitos contra la libertad sexual y otros abusos para crear una base de datos confiable de los casos en que la jurisprudencia colombiana acudió a esta herramienta argumentativa y facilitar luego la búsqueda sobre precedentes de enfoque de género. Pero me parece que el cuerpo de relatores puede ayudar con propuestas nacidas de este mismo cuerpo y no impuestas por los magistrados redactores, que a veces eluden la responsabilidad de fallar con enfoque de género o aunque fallen desde esta perspectiva, la minimizan, no la sacan a relucir.

**2. Protección a la mujer en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera**

No quiero dejar de aludir, ante este prestigioso auditorio, a una polémica que se está suscitando alrededor del Acuerdo de la Habana o Acuerdo de Cartagena y el tratamiento que dieron las partes al enfoque o perspectiva de género. Quiero explicar algunas cuestiones del Acuerdo para simplemente destacar los aciertos en materia de perspectiva de género.

Durante la discusión del Acuerdo firmado entre el Gobierno y las FARC se creó una subcomisión de género, que se encargó de estructurar los ejes temáticos para lograr la equidad de género<sup>5</sup>, así: *«(i) acceso y formalización de la propiedad rural en igualdad de condiciones; (ii) garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres y personas con identidad sexual diversa del sector rural; (iii) promoción de la participa-*

<sup>5</sup> Comunicado Conjunto 82, La Habana, Cuba, 24 de julio de 2016. Resultado de la inclusión del enfoque de género en los acuerdos alcanzados hasta la fecha por la Mesa de Conversaciones. (1 de septiembre de 2016) Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-82-la-habana-cuba-24-de-julio-de-2016>

## DESTACADAS

**HOMENAJE A LA MUJER**  
**Honorable Consejo de Estado**

*ción de las mujeres en espacios de representación, toma de decisiones y resolución de conflictos; (iv) medidas de prevención y protección que atiendan los riesgos específicos de las mujeres; (v) acceso a la verdad, a la justicia y a las garantías de no repetición; (vi) reconocimiento público, no estigmatización y difusión de la labor realizada por mujeres como sujetos políticos; (vii) gestión institucional para el fortalecimiento de las organizaciones de mujeres y movimientos LGTBI para su participación política y social, y (viii) sistemas de información desagregados».*

Por cierto, no fueron las Farc quienes le regalaron a Colombia el enfoque de género y la pretensión de que en Colombia hombres y mujeres disfruten de iguales derechos. Tampoco fue el gobierno. Fueron mujeres activistas las que acudieron a La Habana e hicieron valer sus derechos, ante la circunstancia de que el Acuerdo abriría un escenario en el que el Estado tendrá que adoptar un sinnúmero de políticas públicas con enfoque de género. Las mujeres presionaron a los negociadores para lograr lo que lograron en ese acuerdo. Las Farc no han tenido la menor idea de lo que es enfoque de género, sino cuando las mujeres se los recordaron en La Habana.

Esos ejes temáticos fueron incluidos en el Acuerdo<sup>6</sup> y se aprecia así el establecimiento de un claro componente diferencial y de género, que, sin duda, será útil para para lograr la protección efectiva de los derechos de las mujeres afectadas por el conflicto. ¡Enhorabuena! De esos componentes, destacaré únicamente los relacionados con la reforma rural integral y la participación de la mujer en política.

Empero, antes debo hacer una acotación pertinente, una aclaración que justamente sirve para ayudar a entender el Acuerdo que hoy se está renegociando: no es cierto que el acuerdo esté incluyendo la llamada ideología de género.

<sup>6</sup> Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera: Introducción, párrafo 5: «El Acuerdo está compuesto de una serie de acuerdos, que sin embargo constituyen un todo indisoluble, porque están permeados por un mismo enfoque de derechos, para que las medidas aquí acordadas contribuyan a la materialización de los derechos constitucionales de los colombianos; por un mismo enfoque diferencial y de género, para asegurar que la implementación se haga teniendo en cuenta la diversidad de género, étnica y cultural, y que se adopten medidas para las poblaciones y los colectivos más humildes y más vulnerables, en especial los niños y las niñas, las mujeres, las personas en condición de discapacidad y las víctimas; y en especial por un mismo enfoque territorial».

**DESTACADAS****HOMENAJE A LA MUJER**  
**Honorable Consejo de Estado**

El Acuerdo se refiere al enfoque de género, mas no a lo que se ha venido en llamar malintencionadamente ideología de género solo para restarle valor e importancia al acuerdo logrado con la guerrilla de las Farc en materia de igualdad de género y no discriminación.

Como ya lo dije, el enfoque de género es una herramienta acordada por organismos internacionales para obligar a los estados de todo el mundo a establecer políticas públicas para la igualdad de género, para erradicar toda forma de discriminación.

La ideología de género, en cambio, es una categoría creada a partir de particulares convicciones religiosas y en Colombia se viene usando por los detractores del Acuerdo y solo con el propósito de imponer la idea de que el género es una condición natural de toda persona, que no se modifica por estereotipos sociales o culturales. Paradójicamente es una tesis que no propende por la igualdad, sino que es una visión tremendista que desconoce los avances que ha logrado el Estado colombiano en materia de no discriminación por cuestiones de género.

Por eso la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial destaca los avances que en este aspecto se incluyeron en el Acuerdo, como los que mencionaré enseguida.

Si ideología de género es igualdad entre hombres y mujeres, si es inclusión del grupo LGTBI, bienvenida la *Ideología de Género*. Pero si es una expresión para atacar la igualdad entre hombres y mujeres, para no reconocer los avances en igualdad e inclusión, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial rechaza el uso de esa expresión, que en Colombia ha venido teniendo una connotación negativa.

La Comisión invita a utilizar las expresiones enfoque y perspectiva de género para referirnos a la obligación que tiene no solo el juez, sino todo funciona-

## DESTACADAS

### HOMENAJE A LA MUJER Honorable Consejo de Estado

rio, para aplicar la ley y hacer las correcciones normativas, a la hora de conceder derechos a la población tradicionalmente discriminada, especialmente, para reivindicar los derechos de la mujer.

Ahora sí, las reflexiones frente a la reforma rural integral y la participación de la mujer en política:

#### **La Reforma Rural Integral**

El Acuerdo contiene un capítulo en el que se plantea una Reforma Rural Integral para garantizar a los campesinos el acceso a la propiedad privada de la tierra, a los servicios públicos domiciliarios, al servicio de salud y para materializar el derecho a la vivienda. Todo eso con un enfoque de género<sup>7</sup>.

La Reforma Rural Integral contempla tres ejes centrales:

1. El acceso y uso de tierras improductivas (formalización de la propiedad, frontera agrícola y protección de zonas de reserva).
2. Los programas de desarrollo con enfoque territorial.
3. Los planes nacionales para la reforma rural integral, en el que se incluye:
  - 3.1. La adecuación de infraestructura y vías.
  - 3.2. El acceso a salud, educación vivienda y agua potable.
  - 3.3. Los estímulos para la producción agropecuaria y la economía solidaria y cooperativa, que comprende la formalización laboral y la protección del derecho a la alimentación. En este capítulo, las mujeres que viven en el campo tienen una especial protección con el fin de superar el poco acceso que tienen a la

<sup>7</sup> Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera: Considerando número 4°: «Que el desarrollo rural integral es determinante para impulsar la integración de las regiones y el desarrollo social y económico equitativo del país. La RRI debe lograr la gran transformación de la realidad rural colombiana, que integre las regiones, erradique la pobreza, promueva la igualdad, asegure el pleno disfrute de los derechos de la ciudadanía con un enfoque de género y como consecuencia garantice la no repetición del conflicto y la erradicación de la violencia».

## DESTACADAS

### HOMENAJE A LA MUJER Honorable Consejo de Estado

propiedad privada y a los servicios públicos.

Los planes fijados en este capítulo propenden por el desarrollo del campo y por asegurar a los agricultores un nivel de vida e ingresos que les permitan acceder al mercado de bienes y servicios en condiciones dignas.

Respecto de las mujeres se establecen medidas para garantizar la equidad de género, en especial, para las mujeres del campo. Entre otras cosas, se propone:

- Establecer el subsidio integral y líneas de crédito para que la mujer rural pueda comprar tierras<sup>8</sup>.
- Crear el Sistema General de Información Catastral para consolidar la información de los inmuebles y los propietarios (actualización del catastro rural) para priorizar la titulación en favor de las mujeres<sup>9</sup>.
- Crear un Plan Nacional de Salud Rural, con el objeto de establecer programas de salud sexual y reproductiva en favor de la mujer<sup>10</sup>.
- Implementar un plan especial de educación rural, en especial, para promover la educación profesional de la mujer en disciplinas no tradicionales<sup>11</sup>.
- Garantizar a la población rural los derechos a la vivienda digna y al agua potable. La mujer cabeza de familia recibirá prioridad, como sujeto de especial protección<sup>12</sup>.
- Crear estímulos para la economía solidaria, especialmente, para promover la equidad de género y facilitar el desenvolvimiento de la mujer en el cooperativismo<sup>13</sup>.
- Formalizar el sistema de protección y seguridad social con un enfoque diferencial y de género<sup>14</sup>.

### En cuanto a la participación política de la mujer

El Acuerdo busca crear mecanismos para eliminar las barreras

<sup>8</sup>Ibíd. Numeral 1.1.2 Subsidio integral para compra: se otorgará un subsidio integral para la compra de tierras por parte de las personas beneficiarias (ver 1.1.3.), en las zonas priorizadas y como herramienta alternativa que contribuya a solucionar problemas puntuales de acceso, y que cuente con medidas específicas para facilitar el acceso de las mujeres al subsidio.

<sup>9</sup>Numeral 1.1.9. párrafo 2: «Un Sistema General de Información Catastral, integral y multipropósito, que en un plazo máximo de 7 años concrete la formación y actualización del catastro rural, vincule el registro de inmuebles rurales y se ejecute en el marco de la autonomía municipal. En desarrollo de los principios de Priorización y de Bienestar y Buen vivir, este catastro deberá producir resultados tempranos en las zonas priorizadas, en el marco de lo que acuerden el Gobierno Nacional y las FARC-EP. Este sistema tendrá información desagregada por sexo/género y etnia, que permita, entre otros, contar con información sobre el tamaño y las características de los predios en manos de mujeres, su relación con la tierra y las formas de titulación».

<sup>10</sup>Ibíd. 1.3.2.1. «Salud: con el propósito de acercar la oferta de servicios de salud a las comunidades — niños, niñas, mujeres, hombres, personas con pertenencia étnica, personas con orientación sexual e identidad de género diversa y en condición de discapacidad—, fortalecer la infraestructura y la calidad de la red pública en las zonas rurales y mejorar la oportunidad y la pertinencia de la prestación del servicio, se creará e implementará el Plan Nacional de Salud Rural. Para el desarrollo del Plan se tendrán en cuenta los siguientes criterios: (...) La adopción de un enfoque diferencial y de género, que tenga en cuenta los requerimientos en salud para las mujeres de acuerdo a su ciclo vital, incluyendo medidas en materia de salud sexual y reproductiva, atención psicosocial y medidas especiales para mujeres gestantes y los niños y niñas, en la prevención, promoción y atención en salud».

<sup>11</sup>Ibíd. 1.3.2.2. «Educación rural: con el propósito de brindar atención integral a la primera infancia, garantizar la cobertura, la calidad y la pertinencia de la educación y erradicar el analfabetismo en las áreas rurales, así como promover la permanencia productiva de los y las jóvenes en el campo, y acercar las instituciones académicas regionales a la construcción del desarrollo rural, el gobierno nacional creará e implementará el Plan Especial de Educación Rural. Para el desarrollo del Plan se tendrán en cuenta los siguientes criterios: (...) La promoción de la formación profesional de las mujeres en disciplinas no tradicionales para ellas».

## DESTACADAS

### HOMENAJE A LA MUJER Honorable Consejo de Estado

que hoy impiden a las mujeres participar en política. Para eso, el acuerdo plantea soluciones para la participación en los medios de comunicación y en las organizaciones y movimientos políticos y sociales.

El Acuerdo dice que es imperioso reconocer que la mujer enfrenta situaciones sociales inequitativas y, en consecuencia, requiere de un tratamiento diferencial, justamente para asegurar la participación política y social de la mujer. En especial, de las mujeres que se desenvuelven en zonas apartadas de las capitales, pues solo así se reconoce la importancia de la mujer en la vida pública, política y social<sup>15</sup>.

En concreto, el Acuerdo dispone:

Crear un sistema para asegurar el ejercicio de la política, en escenarios de seguridad y tranquilidad, primordialmente para la mujer.

Crear mecanismos para que las mujeres participen en organizaciones sociales políticas y ejerzan un papel protagónico.

Promover la participación de los medios de comunicación para divulgar y promocionar «valores no sexistas y de respeto al derecho de las mujeres a una vida libre de violencias<sup>16</sup>».

Crear medidas para que las mujeres puedan participar en política superando las barreras relacionadas con las tradicionales labores de «de cuidado y reproducción<sup>17</sup>».

En fin, son amplios y muy variados los componentes del Acuerdo relacionados con enfoque de género y tratamiento diferencial. Hablar en detalle de cada componente del acuerdo relacionado con la equidad de género exigiría de mucho más tiempo.

<sup>12</sup>Ibíd. 1.3.2.3. «Vivienda y agua potable: con el propósito de garantizar condiciones de vida digna a las personas que habitan en el campo, el Gobierno Nacional creará e implementará el Plan nacional de construcción y mejoramiento de la vivienda social rural. Para el desarrollo del Plan se tendrán en cuenta los siguientes criterios: (...) El otorgamiento de subsidios para la construcción y para el mejoramiento de vivienda, que prioricen a la población en pobreza extrema, las víctimas, los beneficiarios y las beneficiarias del Plan de distribución de tierras y a la mujer cabeza de familia. Los montos del subsidio no reembolsable, que podrán cubrir hasta la totalidad de la solución de vivienda, se fijarán atendiendo los requerimientos y costos de construcción en cada región, con el fin de garantizar condiciones de vivienda digna».

<sup>13</sup>Ibíd. 1.3.3.1. «Estímulos a la economía solidaria y cooperativa: con el propósito de estimular diferentes formas asociativas de trabajo de o entre pequeños y medianos productores y productoras, basadas en la solidaridad y la cooperación, y que promuevan la equidad de género, la autonomía económica y la capacidad organizativa en especial de las mujeres rurales (...) el Gobierno Nacional creará e implementará el Plan nacional de fomento a la economía solidaria y cooperativa rural».

<sup>14</sup>Ibíd. 1.3.3.5. «Formalización laboral rural y protección social: el Gobierno Nacional fortalecerá al máximo el sistema de protección y seguridad social de la población rural, con un enfoque diferencial y de género».

<sup>15</sup>Acuerdo de Paz. 2: «Para fortalecer la participación ciudadana de las mujeres es necesario valorar sus agendas sociales y reconocer su aporte como sujetos políticos en la vida pública, en especial cuando se trata de la promoción y defensa de sus derechos».

<sup>16</sup>Acuerdo de paz 2.2.3: « (...) Adicionalmente, en un escenario de fin del conflicto, los medios de comunicación comunitarios, institucionales y regionales, contribuirán al desarrollo y promoción de una cultura de participación, igualdad y no discriminación, convivencia pacífica, paz con justicia social y reconciliación, incorporando en sus contenidos valores no sexistas y de respeto al derecho de las mujeres a una vida libre de violencias».

<sup>17</sup>Acuerdo de paz 2.2.6. d) « (...) El Gobierno Nacional adoptará medidas para facilitar la participación efectiva de las mujeres en este escenario, incluidas aquellas que permitan superar los obstáculos relacionados con sus labores de cuidado y reproducción».

**DESTACADAS****HOMENAJE A LA MUJER  
Honorable Consejo de Estado**

Solo he querido destacar los componentes relacionados con la reforma agraria integral y la participación de la mujer en política, pues, a mi modo de ver, son importantes avances para superar la situación de marginalidad de la mujer. Sin embargo, en relación con el derecho a la verdad (que es uno de los pilares de la llamada justicia transicional), el Acuerdo no recoge todas las recomendaciones internacionales sobre la materia y se limita a crear disposiciones para la investigación de delitos sexuales. En ese aspecto, aún hay mucho por hacer en favor de las mujeres víctimas de delitos sexuales en el marco del conflicto armado.

Esperemos que en el proceso de renegociación se puedan ir corrigiendo todos aquellos defectos que ponen en duda la efectividad de lo logrado. Sobre todo, esperemos que se todo este proceso de sirva para superar la problemática de violencia y discriminación de género, que fue una de las peores características del conflicto armado y que es necesario erradicar.

Señoras y señores, el conflicto armado de Colombia llegó a unos terribles niveles de degradación humana. Las mujeres fueron las víctimas más silenciosas, las que más sufrieron. Cualquier sociedad humana no puede progresar nunca si la mitad de sus componentes (las mujeres) sufren marginación, discriminación o violencia de todo tipo.

El Acuerdo, a pesar de sus deficiencias, es un gran avance para equilibrar la relación de los géneros e incluir definitivamente a todos los seres humanos en una vida digna sin importar el género al que pertenezca o se inscriba. Pero bienvenido también el proceso de renegociación que ahora se desarrolla. Es hora de que los sectores disidentes también se unan, que se sumen, al esfuerzo para terminar, de una vez por todas, con el conflicto.

**DESTACADAS****HOMENAJE A LA MUJER**  
**Honorable Consejo de Estado**

La justicia ordinaria o común y la justicia transicional serán las instituciones encargadas de vigilar que se cumplan todas las normas que tendrán para cumplir el acuerdo. Todos los jueces y las juezas de Colombia deben familiarizarse y entender a cabalidad el enfoque de género para entender mejor las normas que deberán aplicar en la solución de los conflictos de intereses que van inevitablemente a suscitarse en adelante.

El derecho no es más que un instrumento de pacificación cuando se aplica con equidad y justicia. La violencia y las armas nos ponen a los humanos otra vez en un pasado primitivo, irracional, como si los humanos no tuviéramos virtudes, lo cierto es que el componente virtuoso de la humanidad es el que nos ha permitido entender la dignidad e ilusionarnos con la felicidad, que es el fin del Estado.

## NOTICIAS DESTACADAS

### HOMENAJE A LA MUJER



#### LA IGUALDAD DE GÉNERO EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Por Felipe Alirio Solarte Maya.- Presidente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El 8 de marzo del 2017, se conmemoró en el Auditorio del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día internacional de la mujer. El Homenaje a la Mujer se prolongó durante todo el mes, llegando incluso al 30 de marzo, cuando se hizo el reconocimiento por parte de la Comisión Nacional de Género.

Fueron diversos los homenajes y las opiniones que se presentaron en relación al tema de la NO DISCRIMINACIÓN a la mujer, lo cual ha permitido que frente a su reclamo, otros grupos distintos a ellas, adopten una posición de luchar y reivindicar sus derechos sociales y culturales.

La igualdad de género, esto es, la igualdad entre los derechos de hombres y mujeres, se presenta apenas como una lucha en diversas latitudes de nuestro mundo globalizado.

Hoy, los medios de comunicación permiten el conocimiento directo, a veces con transmisiones en vivo, de cualquier acto de la vida que suceda en cualquier parte del planeta. Basta que una persona disponga de un teléfono celular con datos, que le permita transmitir en vivo, cualquier suceso de la vida.

Los surrealistas de inicios del siglo XX, quienes utilizaron el arte como medio de comunicación para protestar frente a la decisión del gobernante de turno, quedarían pasmados cuando los hechos, sin censura, se transmiten en vivo y en directo a todo el mundo. Se me ocurre, por ejemplo, el valor de la obra pictórica que se llama El Grito de Edvard Munch (1893), que muestra la expresión de la angustia y desesperación de un ser humano carente de sexo (asexual o andrógino). Hoy, ese esfuerzo de Munch, de representar a un ser humano, en su angustiada existencia, llega al paroxismo de verse y de oírse (como lo es que una pintura grita), en vivo y en directo.

La comunicación y sus medios indebidamente utilizados en la sociedad, hacen que personas que se encuentren en una situación de grave angustia existencial, decidan morirse voluntariamente y transmitir al mundo el “heroico” acontecimiento.

Escribir entonces sobre la igualdad de género no es tarea fácil y, por esa razón, se hace imperioso señalar que el reconocimiento, para el presente caso, es hacia la mujer históricamente discriminada por su sola condición de serlo. No se trata entonces de incorporar a un discurso de género a otras minorías históricamente discriminadas por razones de preferencia sexual, sino solo y exclusivamente por el hecho de nacer mujer.

El discurso feminista ha llegado a reclamar su reconocimiento a través del uso del lenguaje. No se trata simplemente de un discurso de género sexista, sino de una

## NOTICIAS DESTACADAS

### HOMENAJE A LA MUJER



reivindicación social y nuestro lenguaje, al menos nuestro idioma español, en no pocas ocasiones permite distinguir a la mujer. No veo entonces razón alguna para señalar, por ejemplo, que el uso de las palabras se resuelve por las reglas de una academia de la lengua. Tampoco llegar al extremo de exigir el uso de un lenguaje “políticamente correcto”, pero sin contenido de protección hacia la mujer discriminada. Si una mujer exige que se la trate como jueza, no hay razón alguna para no hacerlo, pues a una abogada no se le dice abogado o a una ingeniera ingeniero. El discurso de género, entonces, trasciende el uso del lenguaje.

El movimiento feminista mundial va más allá. El trato justo y adecuado a su condición de mujer. Igual oportunidad. Igual salario. Igual jornada laboral. Basta por ejemplo, escuchar la pauta publicitaria radial dominada en extremo por las voces graves de sus locutores. Acaso la voz de la mujer no vende igual?.

Las reivindicaciones sociales de la mujer trabajadora no han sido gratis. Ha sido su lucha constante la que le ha permitido obtener un derecho. Pero ello no ha sido tarea fácil.

Invito a leer, por ejemplo, el contenido de la Introducción de la **CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER**, en la que se pregona "(...) la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz(...)", aprobada en seno de las Naciones Unidas en el año 1979, se reconoce lo que no ha cambiado: que “La Convención fue la culminación de más de 30 años de trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, órgano creado en 1946, para seguir de cerca la situación de la mujer y promover sus derechos”.

Oprobioso, por decir lo menos, que un organismo se hubiese demorado más de treinta (30) años para reconocer un derecho humano mínimo: que hombres y mujeres tienen los mismos derechos.

La protección de los derechos de la mujer no es un problema de minorías. Dice el mismo documento: “Entre los tratados internacionales de derechos humanos la Convención ocupa un importante lugar por incorporar la mitad femenina de la humanidad, a la esfera de los derechos humanos en sus distintas manifestaciones”.

Qué mentira tan grande. Cómo se puede pensar que la humanidad está dividida por mitades?. Hay cifras de todos los órdenes. Sin embargo, basta una decisión de la mujer de abstenerse de procrear como para acabar naciones enteras, como hoy sucede en los países del Norte de Europa, en donde la población infantil ha llegado por adopción.

Es lo cierto entonces que la discriminación hacia la mujer, por su condición de género, conlleva discriminación. En Colombia, por ejemplo, la Superintendencia de Salud impuso sanciones a Empresas Promotoras de Salud que adoptaron como política interna la de impedir la afiliación de mujeres en edad de procreación y disminuir de esa forma los costes que genera la maternidad, para que ellas solo pudiesen ser afiliadas en las EPSs del Estado (ISS-CAJANAL)<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Sobre el particular, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección “A”, Expediente 250002324000201200527-00, con ponencia del Magistrado Felipe Alirio Solarte Maya, tuvo oportunidad de pronunciarse dentro del proceso instaurado por Comfenalco Valle del Cauca, denegando las pretensiones de la demanda, confirmando la sanción interpuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, por acuerdos para restringir la prestación de servicios de salud.

## NOTICIAS DESTACADAS

### HOMENAJE A LA MUJER



Así mismo, encontramos eventos en los cuales se llega a la mayor discriminación el hecho que depende la sola esfera voluntaria de la mujer, como es su maternidad, deba ser objeto de regulación legal. Oprobioso entonces que una mujer deba acudir ante un juez, por ejemplo, para que quede huella judicial para toda la vida que adoptó la decisión de impedir voluntariamente su estado de embarazo.

Es discriminatorio el hecho de que si al embarazo se llega a partir de un acto íntimo, la mujer embarazada deba concurrir ante un juez para pedir la interrupción de su embarazo, por la razón que sea. La discriminación se mantiene. El uso del lenguaje jurídico discriminatorio, en tanto desconoce derechos de las mujeres, aún se mantiene. Por ejemplo, sigue vigente la prohibición a la cónyuge culpable de divorcio por infidelidad a que contraiga nuevas nupcias, como si a la mujer que se divorcia por maltrato y discriminación le quedaran ganas para unas nuevas nupcias.

No obstante que la Corte Constitucional en sentencia C-082 de 1999 declaró inexecutable el numeral 7º del artículo 140 del Código Civil, el cual establecía que el matrimonio era nulo y sin efectos “7. Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio que impedía a la mujer adúltera, volver a contraer nupcias, es lo cierto que no en pocas ocasiones, se están avalando divorcios de matrimonio católico con el compromiso que la mujer no pueda volver a contraer un nuevo matrimonio”. Con tal de divorciarse del tirano, la mujer accede a todo.

La discriminación de la mujer es un problema global. No es un problema de mayorías, pues habrá naciones con más mujeres que hombres, pero igualmente discriminadas. Se debe recordar que el marco electoral en el mundo impone afirmar que las mayorías están por encima de la ley. Ya no se obra a nombre de la ley, sino a nombre de las mayorías. Las mayorías conllevan decisiones en grado sumo discriminatorias para la mujer, en tanto que todos aquellos quienes adoptan la decisión en su nombre, son mayoritariamente hombres.

En el día de la mujer, entonces recordamos sus derechos, su lucha, su posición en la sociedad, su renacer, su reconocimiento. Así mismo, recordamos a aquellos seres por quienes respiramos. En mi caso mi madre, por ejemplo, estuvo en estado de embarazo y lactancia, durante 23 de años de su vida, entre los 18 y los 41 años, criando 14 hijos. Su oficio como mujer, fue de ama de casa. Otras mujeres renunciaron a la maternidad y dispusieron su vida al servicio de los demás, como la inolvidable Madre Teresa. Otras mujeres resultan absolutamente representativas por su origen humilde, pero cuya voz se escuchó en los confines del Universo, como sucede con la querida Rigoberta Menchú o la adolescente Malala quien por haber reclamado educación gratuita para las niñas: “Un niño, un maestro, un libro, un lápiz pueden cambiar el mundo”. Su grito no quedó patentado en una gran pintura. Su grito se oyó y perdura en todos los rincones del mundo en donde las niñas continúan siendo objeto de discriminación y vejámenes, como la ablación, sin contar con la explotación sexual y laboral a las que son sometidas.

En el día de la mujer entonces hemos recordado a la mujer que lucha, a la mujer que trabaja, a nuestras progenitoras, a nuestras hermanas, a nuestras esposas y madres, a nuestras hijas (a mi hija Laura), a nuestras nietas, a la mujer que levanta su voz para exigir sus derechos, a la mujer de la rama judicial representada en las laboriosas mujeres que trabajan en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desde la más humilde hasta las honorables magistradas que integran la Sala Plena. Para todas ellas el reconocimiento y respeto debido por su condición de ser mujeres.

## NOTICIAS DESTACADAS

### HOMENAJE A LA MUJER



En ese contexto y solo con el propósito de lograr un momento de esparcimiento, la Sala Plena les ofreció en su homenaje la presentación de una obra de teatro, cuyo tema fue el de la violencia intrafamiliar de las que aún siguen siendo víctimas, no en pocas ocasiones, silentes, por temor a un daño mayor, a quienes se invita a gritar por sus derechos. El grito de una mujer siempre será objeto de una especial atención de todos aquellos que estamos dispuestos a proseguir en la lucha por sus derechos.

Por las mujeres que antepusieron su vida para el reconocimiento de sus derechos, desde la Revolución Francesa, desde las luchas obreras en Europa y en Estados Unidos, por aquellas que adelantaron luchas obreras en nuestro país, como Gloria Cano, por todas las mujeres que han reclamado sus derechos, es que se ha institucionalizado un día: el 8 de marzo para reconocerlo como Día Internacional de la Mujer.

Por ellas, recordamos que la Convención contra toda forma de discriminación a la mujer, dispone:

“(...)Afirmando que el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, el alivio de la tensión internacional, la cooperación mutua entre todos los Estados con independencia de sus sistemas económicos y sociales, el desarme general y completo y, en particular, el desarme nuclear bajo un control internacional estricto y efectivo, la afirmación de los principios de la justicia, la igualdad y el provecho mutuo en las relaciones entre países y la realización del derecho de los pueblos sometidos a dominación colonial y extranjera o a ocupación extranjera a la libre determinación y la independencia, así como el respeto de la soberanía nacional y de la integridad territorial, promoverán el progreso y el desarrollo sociales y, en consecuencia, contribuirán al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer,

Convencidos que la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz.

Teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto,

Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia,

Resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones,

## NOTICIAS DESTACADAS

### HOMENAJE A LA MUJER



Han convenido en lo siguiente:

Han convenido en lo siguiente:

#### PARTE I

**Artículo 1.-** A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (...)"

La **GLOBALIZACIÓN** impone mayor reconocimiento y protección para la mujer. La globalización trasciende fronteras, trasciende barreras idiomáticas y culturales, y trasciende las religiones. En Colombia nos preparamos para vivir en paz y ello comporta la adopción de especiales medidas de protección para la mujer desplazada, generalmente madre cabeza de familia, frente a quienes se deben desplegar especiales medidas de inclusión en un Estado que las ha discriminado por décadas.

Que el día de la Mujer entonces, se recuerde por siempre, durante todos los días para evitar y denunciar toda forma de discriminación en su contra.

Felipe Alirio Solarte Maya  
Presidente.

## ACCIÓN DE TUTELA



**ACCIÓN DE TUTELA / EXTRADICIÓN MUJER EN ESTADO DE GESTACIÓN / DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES A LA VIDA, A LA INTEGRIDAD FÍSICA, LA SALUD, TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA – Derechos fundamentales de las niñas y niños – Garantía desarrollo integral de las niñas y niños – Equilibrio derechos de las niñas y niños frente al de los padres - Criterios jurídicos para determinar el interés superior de las niñas y niños / PRINCIPIO PRO-INFANS**

**Síntesis del caso:** Se centra en determinar, según lo alegado por la actora, si con la actuación del INPEC y la Fiscalía General de la Nación, se vulneraron los derechos fundamentales de su hijo que está por nacer concretamente a la vida, a la integridad física, la salud, a tener una familia y no ser separado de ella.

**Extracto:** “(...) la accionante fue privada de la libertad con fines de extradición, por miembros de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, quienes conocieron su estado de gravidez, el que además fue certificado por el Instituto Nacional de Medicina Legal. Según la historia clínica de la actora, ella presenta un embarazo de alto riesgo y ha sido conducida en varias oportunidades a la Clínica Marly – Urgencias, debido a la constante amenaza de aborto.(...) la accionante solicitó al Director del Centro Penitenciario de Mujeres El Buen Pastor de Bogotá, Capitán ....., y al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, la autorización para que su hijo una vez naciera regresara con ella al centro de reclusión para darle los cuidados necesarios durante sus primeros meses, mientras termina de surtirse su proceso de extradición y es enviada a los Estados Unidos de América. (...)obtuvo una respuesta negativa por parte del Capitán ....., Director del Centro Penitenciario,(...)(...) La acción de tutela, en los términos fijados por el artículo 86 de la Constitución Política, es una herramienta judicial para reclamar ante los jueces, mediante procedimiento preferente

y sumario, la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales.(...) **Los derechos fundamentales de los niños.** El artículo 44 de la Constitución Política, establece que los derechos constitucionales fundamentales de los niños son: “ART. 44.- Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia, (...) Además, tanto la sociedad, como el núcleo familiar y el Estado, tienen expresamente asignada la obligación de protección y cuidado de los menores de edad, en tanto que, deben garantizar el desarrollo armónico e integral de éstos y el ejercicio pleno de sus derechos. Acerca del interés superior que respecto del menor se predica, la H. Corte Constitucional en sentencia T-900 de 2006, sostuvo: (...) Es así que **el interés superior del menor posee un contenido de naturaleza real y relacional criterio con el cual se exige una verificación y especial atención a los elementos concretos y particulares que distinguen a los menores, sus familias y en donde se encuentran presentes aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos de gran calado en la sociedad.** (...)Por otra parte, **la jurisprudencia constitucional también ha señalado aquellos supuestos que interfieren en la correcta comprensión del interés superior del menor como es la arbitrariedad de los demás o la voluntad o mero capricho ya sea “de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo.”** Sin que esto signifique que los derechos de los menores puedan imponerse sobre los de los otros sin importar o sin considerar los derechos e intereses conexos de “los padres y demás familiares. Así las cosas éste Tribunal ha señalado que **“el interés superior del menor prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos. El sentido mismo del verbo “prevalecer” implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mis-**

## ACCIÓN DE TUTELA



mo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor. (...)” **Criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor.** Dentro de los múltiples criterios que la Corte Constitucional ha elaborado como herramientas útiles para determinar el interés superior del menor y cuya implementación se encuentra condicionada a la situación concreta del niño o niña en cuestión. (...) (...) **Garantía del desarrollo integral del menor.** Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. **Esta obligación,** consagrada a nivel constitucional (art. 44, C.P.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) y legal (Código del Menor, art. 3), **compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor. (...) (...) Equilibrio con los derechos de los padres.** Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; (...) (...) Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo (...) cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo (...) **Principio pro infans.** El principio pro infans es un postulado derivado de la Constitución Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. (...) Acerca del principio pro infans, la H. Corte Constitucional en sentencia T-268 de 2004 señaló lo siguiente (...) **La jurisprudencia constitucional ha analizado esta disposición en el sen-**

**tido de advertir la existencia de un principio pro infans en el Estatuto Superior, del cual deviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. (...) En este sentido, la aplicación de los postulados constitucionales y legales que regulan la prestación de los servicios públicos relacionados con la materialización los derechos fundamentales de los niños, estará supeditada a la plena observancia del principio pro infans. (...)”** (negrillas de la Sala). Precisado lo anterior, la Sala advierte que la presente decisión está fundamentada en el principio pro infans, siempre en búsqueda de la protección de los niños, entendiéndolos como los nacidos y los que están por nacer, como es el caso del hijo de la accionante. (...) La Sala hace suyos los argumentos presentados por parte del ICBF, en tanto que trae dos disposiciones que regulan la atención de los hijos menores por parte de las mujeres que se encuentran privadas de la libertad. La primera es el artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario que dispone: **ARTÍCULO 153. PERMANENCIA DE MENORES EN ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSIÓN.** (...) Con base en lo anterior se afirma la existencia de Convenios 204 de 2000 y 181 de 2003 que determinan la forma como se garantiza la presencia de los menores en los establecimientos carcelarios. Sin embargo existe una edad natural que determinan la existencia de lazos maternos, y se refieren a la lactancia. No puede ser otra la razón por la cual el ICBF reclama la aplicación en el caso concreto del plazo señalado en el artículo 314 de la ley 906 de 2004, que dispone: **ARTÍCULO 314. SUSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.** (...) (...) **3. Cuando a la imputada o acusada le faltan dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los (6) meses siguientes a la fecha del nacimiento. (...)** En el caso sometido a examen, tal como ha sido advertido por la Fiscalía General de la Nación, la norma a aplicar en el régimen jurídico colombiano sería el numeral 3 del artículo 314 para garantizar que la mater-

## ACCIÓN DE TUTELA



nidad surja de manera natural entre madre y recién nacido en el plazo de seis meses, en cuyo caso la madre permanece con su hijo en su residencia. No es este caso. El legislador no lo ha previsto. Sin embargo al juez constitucional le corresponde dar aplicación a la regla concebida a favor del menor, y por esa razón, determinar que mientras la accionante permanezca en custodia con fines de extradición, deberá permanecer al lado de su hijo durante los seis meses siguientes a la fecha de nacimiento de su hijo. Por esa razón, se ordenará al INPEC que en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, disponga lo necesario para que producido el nacimiento del menor, se garantice que su hijo permanezca en las instalaciones del pabellón 7 del Centro Penitenciario y Carcelario El Buen Pastor de Bogotá, lugar en el que ella se encuentra en custodia, reclusa mientras se surte su trámite de extradición, por los seis (6) meses siguientes a la notificación de esta decisión, para que ella como madre brinde los cuidados y la protección que el menor requiere, y procure lo necesario para que la madre no sea separada de su hijo. Para la Sala, la anterior situación constituye una flagrante violación al derecho constitucional fundamental a la igualdad de la accionante y a los derechos constitucionales fundamentales a la vida, integridad física, salud, y a tener una familia y no ser separado de ella, de su hijo que está por nacer, por parte del INPEC, en cabeza de su Director General y del propio Director del establecimiento carcelario. (...) es del caso indicar que las autoridades judiciales siempre deben obrar acorde con el interés superior de los niños, cuando éstos estén vinculados o se vean afectados con sus decisiones. Por lo tanto, no hay duda que la situación más conveniente para el menor, en aplicación por demás del principio pro infans, es que permanezca al lado de su progenitora, pues de ella requiere el cuidado y la protección como recién nacido, a pesar de que su custodia en casos excepcionales pueda ser asumida por familiares de la madre, (...) (...) se ordenará al INPEC, en cabeza de su Director General, que a más tardar en el término de cuarenta y ocho (48) horas, disponga lo necesario para que producido el nacimiento, el hijo de la accionante ingrese

y permanezca en las instalaciones del pabellón 7 del Centro Penitenciario y Carcelario El Buen Pastor de Bogotá, lugar en el que ella se encuentra en custodia, reclusa mientras se surte su trámite de extradición, por los seis (6) meses siguientes al nacimiento de su hijo, para que... como madre brinde los cuidados y la protección que el menor requiere, y procure lo necesario para que la madre no sea separada de su hijo. (...) **AMPÁRANSE** los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad física, a la salud, y a tener una familia y no ser separado de ella, del hijo recién nacido de la señora..., así como su derecho constitucional fundamental a la igualdad, trasgredidos por el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC...”(negrillas de la Sala).

**SENTENCIA DEL 19 MARZO DE 2013, Exp 250002341000201300297-00, SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCION "A", MP. Dr. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA - PRIMERA INSTANCIA.**



## ACCIÓN DE TUTELA



**ACCION DE TUTELA / MADRES COMUNITARIAS / ICBF - Derechos Fundamentales a la Igualdad, al Mínimo Vital, a la Salud y a la Seguridad Social y Dignidad Humana - TRASCENDENCIA IUSFUNDAMENTAL – Inmediatez – Subsidiariedad / SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL – Condiciones Especiales**

**Síntesis del Caso:** La sala procede a determinar, si a la accionante madre comunitaria le fueron vulnerados sus Derechos Fundamentales a la Igualdad, al Mínimo Vital, a la Salud y a la Seguridad Social y Dignidad Humana por parte del ICBF.

**Extracto:** “...Sobre este tema la Corte Constitucional en la sentencia T – 480 de 2016 al estudiar un caso similar al que aquí se cuestiona, esto es, al resolver sobre el reconocimiento de las prestaciones sociales de las madres comunitarias, expuso distintos argumentos referidos a (i) la procedencia de la acción; (ii) el estudio de la existencia de un contrato realidad; y (iii) el reconocimiento de las prestaciones sociales, aspectos que son aplicables al presente caso, razón por la cual se retomarán tales argumentos y se transcribirá, en extenso, dicha providencia dada la pertinencia de la misma(...) **De la trascendencia iusfundamental del asunto** De la trascendencia iusfundamental del asunto.(...) la Sala encuentra que el debate jurídico del presente asunto acumulado radica en que 106 ciudadanas solicitan, en común, la protección constitucional frente a la supuesta negativa del ICBF de pagar, durante un lapso prolongado, los aportes al sistema de seguridad social en pensión,...(...) **De la inmediatez** (...)(...) **De la subsidiariedad.** **32. La Sala advierte que si bien las accionantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial para obtener la protección de sus derechos, lo cierto es que esta Sala de Revisión, siguiendo la postura adoptada por la Corte, considera que ese medio ordinario resulta ineficaz para resolver el reclamo iusfundamental que emerge de un contexto**

**donde las demandantes, por sus condiciones físicas, sociales, culturales o económicas, se han encontrado en estado de debilidad manifiesta por un tiempo considerablemente prolongado. Así, someterlas bajo esas circunstancias a un trámite común resultaría riesgosamente tardío y desproporcionado para ellas.**

(...)(i) Encontrarse en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente.(...) las 106 accionantes recibieron el pago mensual de una suma de dinero denominada “beca”, la cual, únicamente a partir del 1 de febrero de 2014 se igualó al monto de un salario mínimo mensual legal vigente. (ii) **Ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, como por ejemplo, los sectores más deprimidos económica y socialmente.** No existe dificultad alguna para demostrar que todas las madres comunitarias tienen esta condición especial.(...) (iii) **Pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo.**(...) (iv) **Hallarse en el estatus personal de la tercera edad.**(...) (v) **Afrontar un mal estado de salud.**(...)(...) **Verificación de la actividad personal de las 106 madres comunitarias**(...)A la luz del contenido de esa norma, resulta válido afirmar que toda persona que se haya vinculado como madre o padre comunitario del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar del ICBF, se obligó a prestar sus servicios mediante la ejecución personal de actividades de cuidado y atención de las niñas y niños beneficiarios de dicho programa. (...) **Verificación de un salario como retribución al servicio prestado por las 106 madres comunitarias**(...)143. La Sala aclara que, si bien desde el principio, tanto el legislador como el ICBF solo se preocuparon por denominar al emolumento pagado a las madres comunitarias como una beca o bonificación, a fin de ocultar su verdadera naturaleza;(...) De esta forma, la Sala haya cumplido el presupuesto de salario como retribución del servicio prestado por las 106 madres comunitaria-

## ACCIÓN DE TUTELA

tarias, por lo que se pasa a estudiar el tercer requisito del contrato de trabajo. **Verificación de la continuada subordinación o dependencia de las 106 madres comunitarias respecto del ICBF(...)(...)153. Ante la verificación del cumplimiento de los tres elementos esenciales vistos en precedencia, esta Sala constata que entre el ICBF y las 106 madres comunitarias sí existió contrato de trabajo (...)** Dado que el pago de los aportes a pensión es una obligación inherente a una relación laboral, la Sala Octava de Revisión encuentra que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– vulneró sistemáticamente los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana, (...) 155. Ese desconocimiento isfundamental que causó el ICBF a esas 106 demandantes constituye un trato discriminatorio de género que se mantuvo por un tiempo considerablemente extenso, pese a la existencia de la garantía constitucional de prohibición de discriminación de género en el trabajo, establecida en los instrumentos internacionales y en los artículos 13, 25, 43 y 53 de la Carta Política. Según las circunstancias reales que rodean el presente asunto acumulado, esta Sala de Revisión considera que el mencionado trato discriminatorio se caracteriza por ser de índole público, compuesto, continuado, sistemático y de relevancia constitucional, como se pasa a explicar a continuación. (...) Por último, es un trato discriminatorio de relevancia constitucional, por cuanto se produjo contra 106 mujeres que tienen las siguientes condiciones particulares que las hace sujetos de especial protección constitucional: (i) encontrarse en una situación económica precaria que afecte su mínimo vital, lo cual se configura por el simple hecho de devengar un ingreso inferior a un salario mínimo mensual legal vigente; (ii) ser parte de uno de los sectores más deprimidos económica y socialmente; y (iii) pertenecer a un grupo poblacional tradicionalmente marginado de las garantías derivadas del derecho fundamental al trabajo. Además, de esas 106 accionantes: (iv) 95 se hallan en el estatus personal de la tercera edad y (v) 25 afrontan un mal estado de salud....”(...) De acuerdo con la sentencia transcrita se concluye que entre el ICBF y las madres comunitarias existe un contrato realidad y, en consecuencia, ellas tienen derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales causados y dejados de percibir ...(...) Así las cosas, la actora es madre comunitaria que ha laborado bajo la dirección del ICBF; su vinculación se dio desde el 1 de junio de 1990, por lo que, tal como lo indicó la Corte Constitu-



cional, se advierte la existencia de un contrato realidad; y, en consecuencia, la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y parafiscales en pensiones dejados de percibir(...)se declarará la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y la señora... se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, que adelante el respectivo trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a favor de la actora los salarios y prestaciones sociales causados en el periodo antes referido,(...) (iv) se ordenará al ICBF, por medio de su representante legal o de quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, que adelante el correspondiente trámite administrativo para que se reconozcan y paguen a la actora los aportes parafiscales en pensiones causados y dejados de pagar (...)AMPÁRANSE los Derechos la Igualdad, a la Seguridad Social, al Mínimo Vital y a la Dignidad Humana de la señora(...)"

**SENTENCIA DEL 10 FEBRERO DE 2017,**  
**Exp 250002341000201700099-00, SECCIÓN**  
**PRIMERA - SUBSECCION "A", MP. Dr.**  
**LUIS MANUEL LASSO LOZANO.**

## SECCIÓN PRIMERA

**OBSERVACIÓN - Acuerdo Municipal San Bernardo / BONIFICACION PARA MADRES COMUNITARIAS Y ANIMADORAS DE POBLACIÓN RURAL DISPERSA .**

**Síntesis del Caso:** La sala procede a resolver la censura al acuerdo municipal que creó una bonificación para las madres comunitarias y animadoras de población rural dispersa.

**Extracto:** "...El Concejo Municipal de San Bernardo al pretender crear una "bonificación", lo que en últimas estaba acordando era la creación de un auxilio, de lo que se deduce del texto y del mismo articulado de la norma objeto de observación, pues se establece por un lado, la necesidad de fortalecer la política social, respecto de la madres comunitarias y animadoras familiares y por otro, la falta de ingresos de estas personas para cubrir sus propias necesidades, sin tener presente que los recursos destinados para los Hogares Comunitarios antes que constituir un salario para la madres comunitarias, deben ser destinados para la protección de los menores de estratos sociales más pobres del país, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1° del decreto 1340 de 1995: "Artículo 1°. Los Hogares Comunitarios de Bienestar a que se refiere el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 89 de 1988, se constituyen mediante las becas que asigne el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los recursos locales, para que las familias, en acción mancomunada, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de estratos sociales pobres del país". (Subrayado y negritas fuera del texto). A la madres comunitarias ni a las animadoras de la población rural dispersa se les puede dar el mismo tratamiento que a un trabajador del municipio pues, sin entrar a discutir su idoneidad y la inmensa labor que desarrollan y promueven, no se encuentran constituidas como(...). Con relación a la vinculación de las madres comunitarias, el artículo 4° del decreto 1340 de 1995, establece lo siguiente: "Artículo 4°. La vinculación de las madres comunitarias, así como la de las demás personas y organismos de la comunidad, que participan en el programa de "Hogares de Bienestar", mediante su trabajo solidario, constituye contribución voluntaria, por cuanto la obligación de asistir y proteger a los niños, corresponde a los miembros de la sociedad y la familia; por consiguiente, dicha vinculación no implica relación laboral con las asociaciones u organizaciones comunitarias administradoras del mismo, ni con las entidades públicas que en él participan". (Resaltado extratexto) 3) Al respecto, el H. Consejo de Estado en sentencia del 13 de febrero de 2003, expediente No. 11001-03-24-000-2001-0036-01 (6784), actor Campo Elias Cruz Bermúdez, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, ha dicho: "(...) Para la Sala en

la regulación contenida en el acto acusado no se vislumbra la voluntad del Gobierno Nacional de legislar, pues de la definición de hogares comunitarios de bienestar que consagra la ley no se colige que las becas o los recursos locales que se perciben puedan destinarse a título de pagos de salarios de las Madres Comunitarias, sino únicamente a que se puedan atender las necesidades básicas de nutrición, salud, protección, desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país, (...) vinculación de tales madres a los programas de los Hogares de Bienestar no implica una relación laboral no hace más que confirmar la voluntad de aquél, pues el desarrollo de dichos programas supone la participación de la comunidad para prestar un **servicio social** frente a la niñez, servicio este que no solo la Familia y el Estado están en la obligación de prestar, sino en general la **sociedad**, conforme lo previene el artículo 44, inciso 2°, de la Carta Política, citado como sustento del acto acusado y que al efecto prevé(...) De igual manera, el tratamiento que la normatividad aplicable ha dado a los recursos destinados a los hogares comunitarios, tienen como única finalidad la atención de las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños menos favorecidos y no para cubrir la necesidades personales o familiares de la mujeres que ejercen esas labores de protección y cuidado de los menores, no obstante sean consideradas como un grupo poblacional vulnerable, o se establezca la necesidad de darles un tratamiento de igualdad entre géneros, o la autonomía de las mujeres cabeza de familia pues, como ya se mencionó, su función constituye una contribución social, debido a la obligación de asistir y



proteger a la niñez que corresponde a la sociedad, a la familia y al Estado. Por lo anterior, prosperarán las observaciones esbozadas por la Secretaría Jurídica de la Gobernación de Cundinamarca, teniendo en cuenta que se observa transgresión del artículo 355 de la Constitución Política, norma que sobre la prohibición de decretar auxilios y donaciones esgrimió la entidad observante (...)" (Resalta la Sala).

**SENTENCIA DEL 09 NOVIEMBRE DE 2006, Exp 25000-23-24-000-2006-00562-01, SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCION "B", MP. Dra. MARÍA VICTORIA QUINONES TRIANA.**

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / Responsabilidad Administrativa y Patrimonial del Estado – Acceso carnal violento cometido por miembro de la Entidad demandada contra COMUNERA INDÍGENA – De la Responsabilidad del Estado – Del daño – Normatividad internacional en relación a la violencia contra la mujer – “Teoría del Daño Cubierto”.**

*Síntesis del caso:* Se trata de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo de primera instancia del juzgado 34 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá que negó las pretensiones de la demanda de reparación directa interpuesta contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional para que declarara su responsabilidad administrativa y patrimonial en razón a los perjuicios causados con ocasión del acceso carnal violento sufrido por la actora cometido supuestamente por un miembro de dicha entidad castrense.

**Extracto:** La parte actora Se opone a la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y señala que en casos como el *sub judice*, en el que analizan violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, el juez administrativo debe analizar además de la normatividad vigente aquella transnacional. En ese sentido, solicita que “[...] al resolver el recurso de apelación se haga un estudio de convencionalidad, aplicando los estándares internacionales de derechos humanos en casos específicos de violencia sexual en contra de mujeres en situación de discapacidad.” **PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LA SALA.** El problema jurídico que se plantea se contrae a establecer si es la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional administrativamente responsable por los perjuicios ocasionados a los accionantes con ocasión del supuesto acaecimiento del delito de acceso carnal violento cometido el 18 de mayo del 2012 contra (...). En caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, si deben reconocerse los perjuicios reclamados Para la sala, no se encuentra demostrada la responsabilidad de la administración por el régimen subjetivo de falla del servicio, razón por la cual debe confirmarse el fallo apelado. De la responsabilidad del Estado. El artículo 90 de la Constitución Política de 1991, consagra lo referente a la responsabilidad del Estado, indicando que la administración “responderá por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autori-

dades públicas”, es decir, que desde la perspectiva constitucional se previó una fórmula general de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, por acción u omisión de las ramas del poder público. Del daño. El *a quo* negó las pretensiones de la demanda al considerar que en el presente caso la parte actora no había acreditado el daño, por cuanto no demostró la existencia del acceso carnal violento sufrido supuestamente por (...), motivo por el cual este punto deberá ser objeto de análisis por parte de la sala. En este punto cabe aclarar que si bien el proceso penal iniciado en razón de los hechos que originaron la presente *litis* continúa en etapa de investigación y el proceso disciplinario fue archivado, no es necesario que se haya dictado condena o impuesto una medida sancionatoria para acreditar el daño que fue causado a (...), aspecto que se acredita con otros medios de prueba, como se indicó precedentemente. Así las cosas, se deberá establecer si estos daños surgen al ser consecuencia de una violación del contenido obligatorio determinado en la Constitución Política y la ley, por parte del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.(...) Normatividad internacional en relación a la violencia contra la mujer. La sala considera para el entendimiento del *sub judice* relacionar algunas de las normas internacionales que tratan el tema de la violencia de la mujer. En ese orden de ideas, se hace relación a la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, aprobada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada en nuestro ordenamiento interno a través de la Ley 51 de 1981, que indica en sus artículos 1 y 2 lo siguiente: (...) Bajo esa línea de pensamiento, la recomendación general No. 12 de dicho instrumento internacional, discutida en el octavo periodo de sesiones de 1989, señaló: Considerando que los artículos 2, 5, 11, 12 y 16 de la Convención obligan a los Estados Partes a proteger a la mujer contra cualquier tipo de violencia que se produzca en la familia, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida social, [...] Recomienda que los Estados Partes que incluyan en sus informes periódicos al Comité información sobre: . La legislación vigente para protegerla de la frecuencia de cualquier tipo de violencia en la vida cotidiana (la violencia sexual, malos tratos en el ámbito familiar, acoso sexual en el lugar de trabajo, etc.);2. Otras medidas adoptadas para erradicar esa violencia; 3. Servicios de apoyo a las mujeres que sufren agresiones o malos tratos; 4. Datos estadísticos sobre la frecuencia de cualquier tipo de violencia contra la mujer y sobre las mujeres víctimas de la violencia. De acuerdo a las disposiciones relacionadas, se observa que la violencia contra la mujer ha sido un tema relevante internacionalmente y por ello ha sido objeto de una extensa codificación que determina herramientas y mecanismos contra la lucha de dicho flagelo. En ese sentido se advierte que la mu-

## SECCIÓN TERCERA

jer a nivel global ocupa un lugar de importancia y de especial protección por parte de la comunidad internacional. Comunidades indígenas como sujetos de especial protección constitucional. En lo que tiene que ver con el estatus de “objeto de especial protección constitucional” de los pueblos indígenas, la Corte Constitucional en sentencia T – 049 del 2013 refiere: *“En su jurisprudencia esta Corte ha puesto de relieve el cambio de paradigma relacional del Estado con las comunidades étnicas a partir de la Carta de 1991, en donde se redefinió la política indigenista al darle un estatus constitucional especial, pasando de un modelo predominantemente basado en concepciones de asimilación e integración, a uno fundamentado en el reconocimiento y la garantía del pluralismo, el multiculturalismo y la participación de las minorías. Este cambio normativo estructural encuentra su fundamento tanto en el respeto por las diversas concepciones de vida y de lo bueno, que se originan en el presupuesto del Estado constitucional de Derecho relativo a la autonomía y la libertad; como en la conciencia jurídica del valor intrínseco de las culturas nativas y las comunidades tradicionales, y de sus valores y tradiciones culturales, ancestrales, lingüísticas, artísticas, religiosas, sociales y políticas; así como también en el reconocimiento histórico de los siglos de abusos, maltratos, discriminación e injusticias de que han sido objeto estas etnias, y el riesgo inminente de desaparición o extinción cultural y física a que se encuentran actualmente avocada”*. (...) Caso concreto. Encuentra la sala que el a quo negó las pretensiones de la demanda al considerar que la parte demandante no demostró la falla en el servicio, esto es, el acceso carnal violento de que fue víctima (...) por parte de un miembro del Ejército Nacional. En el caso que ocupa la atención de la sala se destaca que el 18 de mayo del 2012 aproximadamente a las 6:30 p.m., (...), indígena de 40 años de edad del pueblo Nasa y habitante del resguardo Nasa Uh ubicado en el municipio de Ipiales (Nariño), salió de su lugar de habitación a buscar alimento para los animales, cuando se regresaba supuestamente advirtió la presencia de un miembro del Batallón Especial Energético y Vial (BEEV) No. 9 del Ejército Nacional, ubicado en el municipio de Orito (Putumayo), quien presuntamente la tomó por el brazo a la fuerza y la empujó a los matorrales que estaban ubicados a 10 metros del camino, lugar en el cual y de forma violenta la accedió carnalmente. La sala observa en primer lugar la especial protección constitucional que ostenta (...) no solamente por ser integrante de una comunidad indígena (Nasa) como lo establece el artículo 7° de la Constitución Política de Colombia, sino además por el hecho de ser mujer. Dicha situación y el maltrato sufrido en su integridad sexual hacen que se de aplicación a la regulación internacional atinente a la lucha de la violencia contra la mujer que como se vio precedentemente ha sido objeto de amplia regulación y preocupación por parte de la comunidad internacional. (...) De acuerdo a lo precedente, se observa que la co-

munera (...) no es únicamente una mujer perteneciente a una tribu indígena, pues adicionalmente es una persona que padece una disminución mental moderada, situación que implica tener en cuenta la especial protección constitucional de la cual debe ser cobijada en razón de lo contemplado en el artículo 13 de la Carta Magna que establece:(...) No obstante, el hecho de que integrantes del Ejército Nacional se encontraran haciendo presencia y operaciones en la zona aludida, no implica necesariamente que un militar hubiera accedido carnal y violentamente a la comunera en alusión, pues una afirmación de esa categoría debe encontrarse fundada en una prueba que dé certeza, sentencia penal o disciplinaria condenatoria que establezca en cabeza de un miembro del Ejército Nacional la comisión del delito contra la libertad sexual de la indígena, prueba que no se encuentra en el plenario. (...) Así frente a la imposibilidad de determinar la identidad del individuo que abusó sexualmente de (...), no puede la sala sustentar hipotéticamente que, del material probatorio obrante en el plenario y lo manifestado por aquella, el atacante era miembro de ese cuerpo militar, pues para esos instantes si bien había presencia y control en la zona del Ejército Nacional, ello por sí mismo no tiene la fuerza probatoria para acreditar fehacientemente que un militar incurrió en el aludido acceso, situación que se demuestra con la correspondiente sentencia de condena. Vale la pena destacar que no obstante se acreditó el acaecimiento del daño alegado por la parte accionante, es decir, la infracción al bien jurídico de la libertad sexual de la comunera (...), no sucede lo mismo frente a la falla consistente en que un integrante del Ejército Nacional fue el autor de dicho comportamiento.(...) De acuerdo a lo expuesto precedentemente y probada dentro del *sub iudice* la imposibilidad de determinar la identificación de la persona que agredió sexualmente a la comunera (...), situación que se demuestra con una prueba que dé certeza de tal hecho, tal y como un fallo de carácter condenatorio, se entiende, de conformidad a la jurisprudencia del Consejo de Estado, que las pretensiones se formularon antes de tiempo, pues, sólo cuando concluya el proceso penal se podrá saber si el Ejército Nacional irrogó o generó el perjuicio que se reclama. (...) En pocas palabras, no hay forma de saber actualmente si quien llevó a cabo el acceso carnal violento hace parte del Ejército Nacional, situación que solo se sabrá cuando la sentencia condenatoria así lo resuelva, es decir, no hay daño que se pueda reclamar, pese a que los familiares tengan el convencimiento que la persona que vulneró la integridad sexual de (...) fue un

## SECCIÓN TERCERA

miembro del Ejército Nacional, lo que llevará a negar las pretensiones de la demanda.(...) Al respecto, vale la pena destacar la aplicación al presente caso de lo que ha denominado la jurisprudencia del Consejo de Estado “daño descubierto”, que ha sido entendida en los siguientes términos: [...] Se puede acudir a lo que la misma Sección Tercera ha denominado teoría del daño descubierto según la cual, excepcionalmente, la caducidad del medio de control no se debe contar desde el acaecimiento del hecho o acto, sino cuando las víctimas conocieron de la existencia del mismo. (...)De conformidad a la teoría del daño descubierto descrita en precedencia y en sustento de los actuales medios probatorios no es posible saber si un miembro del Ejército Nacional accedió o no a la mencionada indígena, esto es, no existe conocimiento acerca de si el daño fue generado o no por un integrante de la entidad demandada, situación que impide iniciar el conteo de la caducidad para el presente caso. En ese sentido, ante la inexistencia de la sentencia condenatoria que resuelve la responsabilidad por el acceso carnal violento a cargo de un miembro de la entidad castrense, los demandantes, así como tampoco la sala, no tienen forma de saber que dicho delito fue llevado a cabo por la accionada, motivo por el cual se declarará que las pretensiones se formularon antes de tiempo y se negarán, advirtiendo que la presente sentencia no genera cosa juzgada precisamente por las especiales y graves circunstancias que fundamentan el *petitum* de la demanda y además por cuanto, se reitera, no hay manera de saber si quien cometió el acceso en contra de (...) fue un militar o no. Así las cosas, y dado que la presente providencia no genera cosa juzgada, el demandante tendrá dos (2) años a partir de la sentencia condenatoria que determine que fue un miembro del Ejército Nacional quien vulneró la integridad se-



xual de la comunera (...) para presentar la demanda de reparación directa correspondiente. **CONCLUSIÓN.** Para la sala, debe confirmarse el fallo impugnado, bajo las consideraciones y condiciones expuestas en el presente proveído, es decir, que las pretensiones fueron propuestas antes de tiempo, pues no se demuestra mediante la respectiva sentencia penal o disciplinaria condenatoria que la (...) fue accedida por un militar, situación que impide acceder a ellas, bajo el entendido de que esta sentencia no constituye cosa juzgada y que el demandante podrá impetrar la demanda de reparación directa dentro de los dos (2) años siguientes a la ejecutoria del fallo en alusión.

**SENTENCIA DEL 15 DE MARZO DE 2017, Exp.11001333603420140049201, SECCIÓN TERCERA SUBSECCION “C”, MP. DR. HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN - SEGUNDA INSTANCIA.**

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / Responsabilidad Extracontractual del Estado / FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO – Por transmisión vertical del VIH a la menor durante el trabajo de parto de su madre – Hospital de Kennedy Nivel III – Del daño antijurídico – De la imputación – De la medida del Daño – Daño por pérdida de la Oportunidad - De la Responsabilidad por falla médica.**

**Síntesis del caso: Se trata de resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado 63 Administrativo del Distrito Judicial de Bogotá Sección Tercera por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda**

**Extracto :** Argumenta la parte actora “ que el daño que sufrieron las demandantes, fue consecuencia de una falla del servicio médico por la omisión en que incurrió el Hospital de Kennedy al no ofrecer ni realizar la prueba ELISA para VIH a (...), durante el control prenatal, pues insiste que dentro de la historia clínica no obra registro de que se la hayan realizado, por lo que no hubo manera de determinar antes del alumbramiento que la madre era VIH positivo. Considera que la negligencia médica no cesó después del alumbramiento, pues tanto la madre como la bebé fueron dadas de alta el 05 de abril de 2010, sin que se le informara a la madre que se abstuviera de lactar a su hija, pues para ese momento la entidad desconocía el estado de la madre frente a la infección por VIH. (...) PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LA SALA: Para resolver el recurso de apelación interpuesto el problema jurídico se contrae a establecer si ¿es administrativamente responsable la ESE Hospital Occidente de Kennedy III Nivel de Complejidad, de los perjuicios causados a los Actores, con ocasión al contagio vertical o materno infantil de VIH a (...), el 4 de abril de 2010, durante la asistencia médica del parto vaginal de la señora (...) Para la Sala, se debe revocar la sentencia apelada y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, en el entendido que la ESE Hospital de Kennedy III Nivel de Complejidad es administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados a los actores, por la pérdida de oportunidad de acceder a un tratamiento preventivo de antirretrovirales antes del nacimiento de la menor (...), a fin de evitar el contagio materno fetal de VIH. En consecuencia, debe ordenarse la indemnización de los perjuicios morales causados, conforme las tablas fijadas para tal fin por el Consejo de Estado. De la transmisión vertical o materno fetal del VIH. Respecto de la transmisión vertical de infecciones, la doctrina

médica ha indicado: “Factores relacionados al feto Niños prematuros y con muy bajo peso al nacer pueden ser de alto riesgo para adquirir la infección. Esta asociación pudiera ser la consecuencia de la infección por VIH in utero, lo que resulta en anomalías en el desarrollo fetal y parto prematuro. Es posible que el prematuro tenga cierta inmadurez en el desarrollo del sistema inmune, lo cual lo hace más susceptible a infección durante el parto. El orden de nacimiento de gemelos se ha relacionado con riesgo de infección. Cuando el modo de parto es vaginal el primer feto tiene un riesgo de infección de 35% a diferencia del segundo que es de un 15%. Si el modo de parto es cesárea el riesgo baja a un 16% y 8% respectivamente.” De la responsabilidad por falla médica. El artículo 90 de la Constitución Política de 1991, constituye la cláusula general de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado colombiano, de acuerdo con el cual, y siguiendo el modelo de la Constitución Española, acogió la Teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como “aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”, siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión a una autoridad pública. En otras palabras, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir 2 presupuestos, a saber, que el daño sea antijurídico, y que este sea imputable al Estado. Del daño antijurídico: El daño, como el primer elemento de responsabilidad, en el caso objeto de estudio, está constituido por la transmisión vertical o maternofetal del virus VIH de la señora (...) a su hija recién nacida (...), en las circunstancias en que ocurrieron y fueron expuestas en el numeral 4.2. de la presente providencia, situación que causó un daño antijurídico a las Actoras, pues el contagio del virus VIH a la menor (...), produce dolor, aflicción en sus familiares cercanos, siendo la cuestión a resolver si el daño le es imputable o no a la Administración. Para la sala conforme a las pruebas aportadas al proceso, es claro el daño que padece la menor (...), al ser infectada de manera vertical o materno fetal del virus de inmunodeficiencia humana o VIH, a través del parto vaginal de su madre adelantado en el Hospital de Kennedy el día 04 de abril de 2010. De la imputación.(...) En el caso sub examine se observa que la parte demandante pretende que se declare la responsabilidad patrimonial del Hospital de Kennedy, bajo el argumento que dicha entidad omitió ofrecer los medios diagnósticos y disponibles en el país para evitar la transmisión por vía vertical o materno fetal de VIH a (...), durante las atenciones prestadas a (...), cuando ingresó por trabajo de parto. (...) Con fundamento en lo expuesto en el acápite de pruebas, esta sala encuentra demostrado que la menor (...) resultó contagiada del virus de inmunodeficiencia humana VIH, como consecuencia de la

## SECCIÓN TERCERA

atención médica brindada en dicha institución el 04 de abril de 2010. (...) Ahora bien, tampoco puede la sala dejar de lado que la madre ingresó por el servicio de urgencias del hospital de Kennedy, el 03 de abril de 2010 a las 23 horas aproximadamente, y que ante la ausencia de exámenes de laboratorio a las 5:50 aproximadamente se ordenó prueba “rápida de VIH”, prueba que según la ciencia médica se utiliza para conocer un diagnóstico de VIH en un tiempo aproximado de 20 minutos. En el presente caso, la señora (...) permaneció en trabajo de parto aproximadamente 10 horas, pues según registros de la historia clínica ingresó el 03 de abril a las 23 horas aproximadamente, y a las 9:50 del 04 de abril se atendió parto vaginal, es decir, la demanda tuvo suficiente tiempo para solicitar el resultado de la prueba rápida de VIH, sin embargo, en la historia clínica no se evidencia que se haya requerido al laboratorio o se haya manifestado la urgencia del resultado por encontrarse la paciente en trabajo de parto, por el contrario, se registró la orden de la prueba rápida pero no el resultado, de ahí que no se conoció el diagnóstico de la paciente, por lo que se siguió trabajo de parto vaginal, y el resultado sólo se entregó hasta el 07 de abril de 2010, cuando la madre ya estaba lactando a la recién nacida. Para la sala es inaceptable el comportamiento omisivo de la demandada ante una situación como la estudiada, pues era su deber una vez tomada la prueba velar por obtener un resultado en el menor tiempo posible, dado el estado de trabajo de parto de la paciente y el desconocimiento de diagnóstico respecto el VIH, para tomar las medidas pertinentes del caso tendientes a evitar el contagio del feto, esto es, iniciar tratamiento antirretroviral al feto y a la madre, programar un parto por cesárea y evitar la lactancia de la madre al menor. Según la ciencia médica, una vez confirmado el diagnóstico positivo de una gestante, deben tomarse medidas preventivas con el fin de evitar el contagio o la transmisión del virus al feto. Veamos: (...)Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para ésta corporación que sí el Hospital Occidental de Kennedy hubiese velado por obtener el resultado de la prueba rápida de VIH durante el trabajo de parto de la señora (...), probablemente se hubiese evitado el contagio de la menor, sin embargo, como la demandada omitió dicho resultado pues no lo pidió, ni acreditó haber requerido al laboratorio para que lo allegara en el menor tiempo posible, considera la sala que si hay lugar a imputar responsabilidad al Hospital de Kennedy por el contagio de VIH de la menor (...), toda vez, que omitió expedir a tiempo el resultado de la prueba rápida de VIH, la cual era indispensable

conocer para adelantar el tratamiento adecuado, situación que constituye una omisión que supone un grave desconocimiento a los elementos esenciales de la obligación médica, es decir, a la integralidad, la oportunidad y la identidad, ya que, en efecto, el servicio público de salud no constituye ninguna dádiva del aparato estatal, sino que, por el contrario, representa una actividad de aquellas definidas como esenciales por el constituyente primario, razón por la que el Estado se encuentra obligado a garantizar su prestación de manera eficiente, en aras de proteger y salvaguardar la vida e integridad de las personas como se requería en el caso concreto. (...)Así las cosas, resulta claro el retardo en que incurrió el personal del Hospital de Kennedy, en cuanto al resultado de la prueba rápida de VIH tomada a (...) cuando ingresó por trabajo de parto, situación que excluye la diligencia y cuidado con que se debió actuar para una eficaz prestación del servicio de salud, y que sin duda alguna le restó oportunidad a la recién nacida de que su enfermedad fuera menos grave, pues como ya se mencionó, el resultado de laboratorio llegó de aproximadamente 5 días después del parto vaginal y cuando la madre ya estaba lactando a la menor, tiempo necesario para su tratamiento dada su patología, razón suficiente para que ésta Corporación acceda a las pretensiones de la demanda, y declare la responsabilidad de la entidad demandada no por la falla en cuanto a la prestación del servicio médico sino por la pérdida de oportunidad de recuperación de la menor, la cual sí tiene nexo directo con la actuación de la administración. (...) Ahora bien, teniendo en cuenta que la madre de la menor también incurrió en la configuración del daño, al no practicarse a tiempo los respectivos exámenes de laboratorio, pese a los continuos requerimientos por los médicos tratantes considera la sala que no puede imponerse una carga desmedida a la entidad demandada, en tanto si bien en el caso en concreto se evidencia una omisión por parte de la entidad, también confluye un actuar imprudente de la Actora, quien como ya se mencionó no se realizó los correspondientes exámenes de laboratorio ordenados y autorizados durante su periodo de gestación, pese a sus continuos requerimientos y explicaciones de la necesidad de los mismos, en aras de salvaguardar su vida y la de la menor que venía en camino. De acuerdo con la jurisprudencia y las pruebas analizadas, en el presente caso se encuentran acreditado, la concurrencia de causas, y si bien esta circunstancia no exime de responsabilidad a la entidad, si atenúa la misma y genera efectos con relación al monto a reconocer por la indemnización del perjuicio causado. Por lo anterior, se procederá a imputar respon -

## SECCIÓN TERCERA

sabilidad al Hospital de Kennedy, por la existencia de concurrencia de causas, y se procederá a realizar una reducción respecto a la indemnización reconocida en esta instancia.(...) De la conducta de la Actora (...) Lo arriba descrito, conlleva a determinar que a la madre de la menor no le asistió interés en cuanto a la salud y vida de su menor hija, pues como se acreditó no era frecuente en la asistencia al tratamiento médico, ni el cuidado de la misma, el cual era indispensable para su recuperación, situación que para ésta corporación desvirtúa la presunción de los perjuicios padecidos por la madre de la menor, ésta en razón a que la menor ha permanecido al cuidado de una fundación y no de su señora madre, situación que conlleva a la negación de los mismos dado la conducta desinteresada en cuanto el cuidado de la niña y de la afección que Denis Sofía padece. Por lo anterior, la sala se abstendrá de reconocer perjuicios en favor de (...) madre de la menor, toda vez que la menor se ha encontrado al cuidado de una fundación, y procederá a reconocer los perjuicios correspondientes en favor de la víctima directa(...) y su hermana (...), advirtiéndose que para ellas no procederá la reducción de la condena por la configuración de la concurrencia de culpas, toda vez que la culpa es personal, y las menores no son responsables de la conducta negligente de su señora madre durante la gestación. Daño por pérdida a la oportunidad (...) Teniendo en cuenta lo anterior, y la patología de la menor la sala estima en virtud de la gravedad del daño causado, establecer el porcentaje de pérdida de oportunidad para el presente caso, en un 70%, toda vez que no hay certeza de la evolución de Denis Sofía si se hubiese iniciado el tratamiento de antirretrovirales antes del parto o durante el trabajo de parto, por consiguiente, dicha cifra será el criterio para la cuantificación de los montos a indemnizar. CONCLUSIÓN: Para la Sala, debe revocar la sentencia apelada y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, en el entendido que la ESE Hospital de Kennedy III Nivel de Complejidad es administrativamente responsable de los

perjuicios ocasionados a los actores, por la pérdida de oportunidad de acceder a un tratamiento preventivo de antirretrovirales antes del nacimiento de la menor Denis Sofía, a fin de evitar el contagio materno fetal de VIH”.

**SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2017, Exp. 11001333172120130002-01, SECCION TERCERA SUBSECCION “B”, MP. DR. HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN- SEGUNDA INSTANCIA.**



EL TRIBUNAL INFORMA

## SECCIÓN TERCERA

**MEDIO DE CONTROL DE REPARACION DIRECTA / Responsabilidad Extracontractual y Patrimonial del Estado- Nación – Sena y Ministerio de Trabajo – Daño antijurídico amputación dedos de miembro superior (niña) – Posición de garante del Sena frente a sus aprendices – Requisito de procedibilidad es exigible a las víctimas indirectas – Elementos estructurales de la Responsabilidad Extra patrimonial del Estado y FALLA EN EL SERVICIO por omisión – Medidas de Reparación integral.**

*Síntesis del caso: La controversia gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del SENA, por los perjuicios derivados para la demandante – víctima directa, por las lesiones que sufrió en práctica realizada como aprendiz, y que en tesis de ésta son imputables a aquella a título de falla en el servicio, estructurada por no haberla capacitado con anterioridad al insuceso en el manejo del molino electrónico, no haberle entregado el aditamento que debía emplear para embutir y hacer más segura la actividad de la molienda, no haber asegurado la existencia de herramientas idónea para desarmar la citada máquina, ni la presencia durante la práctica del instructor que debía orientar la misma*

**Extracto:** “Se tienen como problemas jurídicos: ¿Las lesiones sufridas por (...), tuvieron causa eficiente en omisión del SENA, respecto de implementar las exigidas medidas de seguridad industrial para la práctica de molido de carne? ¿En evento dañoso del que pretende (...) indemnización, devino por su propia culpa? (...) Elementos estructurales de la responsabilidad extra patrimonial del Estado y falla en el servicio por omisión. Desde el advenimiento de la Constitución de 1991, la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado, encuentra su cimiento en el artículo 90 Superior, conforme al cual, el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, y en marco de la misma, conforme a la subregla edificada por el Consejo de Estado, en convergencia con la Corte Constitucional, son elementos necesarios para estructurar la responsabilidad patrimonial del Estado: **(i)** el daño antijurídico y **(ii)** su imputabilidad a entidad de derecho público. Ello es, **(i)** el hecho, **(ii)** el daño, y **(iii)** el nexo causal entre uno y otro, de forma que el juzgador además de constatar la antijuridicidad del daño, debe elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico, para deducir la respon-

sabilidad patrimonial del Estado. (...) Título de imputación por daños ocasionados a la integridad de aprendices del SENA. Conforme al antecedente del H. Consejo de Estado, en los eventos en que se presentan daños a la integridad física de los alumnos del SENA, el título de imputación es el de falla del servicio, y se configura cuando se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar en calidad de aprendices, advertido *que si bien no trata de una Institución de Educación Superior, no es menos cierto, que al cumplir su misión de formación profesional integral, presta el servicio de educación y se le deben aplicar las reglas relativas a la falla de este servicio.*(...) Encuentra probada la responsabilidad del SENA. Conjugado que el evento dañoso acaeció con ocasión de actividad curricular que llevaba a cabo la joven (...), como aprendiz de esa entidad, y en relación de la cual, consecuentemente el SENA revestía posición de garante, siéndole exigible entonces, que dispusiera de las medidas de seguridad industrial necesarias para que sus discentes realizaran las prácticas previstas para su adiestramiento laboral, sin exponerlos al riesgo de desmembramiento. Deber que conforme acredita la realidad procesal fue incumplido, asumiendo ello como causa eficiente del daño sufrido por (...). Aquí cabe señalar que si bien el SENA no reviste como entidad de educación superior y (...) para el momento del insuceso era mayor de edad, no es menos cierto que esa entidad tiene un deber especial de seguridad y cuidado para con sus estudiantes, quienes dado el carácter de los conocimientos que allí reciben se encuentran avocados a actuar con especial cautela, en tanto que los profesores o instructores, se encuentran en una posición de garante frente a sus aprendices, pues son ellos los que tienen el conocimiento especializado de la actividad cuyo correcto ejercicio imparten, y además el SENA tiene el deber funcional de velar porque la maquinaria empleada en el adiestramiento profesional y tecnológico de sus aprendices, cumpla de manera satisfactoria con los estándares de seguridad industrial; pues los accidentes causados por la falta de idoneidad de la maquinaria como por la no entrega de todos los elementos de seguridad para su manejo, comprometen su responsabilidad. En este orden de ideas asume relevancia en estructuración de la refutada responsabilidad patrimonial del SENA por los perjuicios derivados para la joven (...), que para el momento del accidente, no obstante las responsabilidades que le incumbían al instructor, éste no se encontraba presente, y aunque afirma que no había dado la instrucción de iniciar la práctica y con ello el manejo del MOLINO DE CARNE F13-4040-11-

## SECCIÓN TERCERA

11, su afirmación deviene desvirtúa con el dicho de otra discente que encontraba en la clase y quien manifiesta que el instructor “no estaba asesorando la práctica”, infiriendo que si había dado la instrucción de iniciarla, y se avizora por esta Sala como relevante, que conforme a los hechos probados el instructor en ningún momento hizo entrega o ilustró a los aprendices respecto del llamado mortero, empujador, embolo o embutidor plástico, cuyo uso es imperativo en la manipulación de la citada máquina para evitar atrapamiento de los miembros superiores de quien la manipula, a que contrajo el accidente protagonizado por (...). Medidas de reparación integral (...) solicita, como medidas de reparación integral, **(i)** se le afilie al Sistema de Seguridad Social en Salud, y garanticen **(i)** las terapias que requiere para mejorar su salud física y emocional, y **(ii)** la reconstrucción de su miembro amputado. En marco de la reseñada Subregla Jurisprudencial, encontrándose probadas con suficiencia, las graves y significativas afectaciones sufridas por (...), en ámbito de sus derechos humanos y en particular de su derecho a la salud, esta Sala dispondrá las siguientes medidas de rehabilitación: (...) Que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, a través de un centro médico especializado, avalado por el Ministerio de Salud y ubicado en la ciudad de residencia de (...) según el escrito introductorio, es la ciudad de Bogotá-, brinde a la joven, los servicios de atención médica requeridos para mejorar su salud con la cantidad de terapias físicas y psicológicas necesarios para atenuar al máximo las afecciones que le dejó la pérdida de los dedos 2 a 5 de su mano derecha, como la lesión del pulgar de la misma extremidad. **(ii)** Que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, a través de un centro médico especializado, avalado por el Ministerio de Salud y ubicado en la ciudad de residencia de (...), realice valoración médica por especialista para determinar si es apta o no para la reconstrucción de sus dedos amputados; en caso afirmativo, la demandada deberá garantizar y proveer todo lo necesario para lograr esta reconstrucción de acuerdo a lo que ordene el médico. En conclusión, esta Sala resuelve los problemas jurídicos planteados, en el sentido de encontrar acreditada la responsabilidad del SENA, por los perjuicios causados a la joven (...), con ocasión al atrapamiento de su



mano derecha, en el MOLINO DE CARNE F-13-4040-/11-11, con pérdida de los dedos 2 a 5 y lesión de su pulgar, conjugada su condición de aprendiz del SENA, para el momento de acaecimiento del evento dañoso, en razón del cual, la citada entidad revestía posición de garante, que le imponía disponer de las medidas de seguridad industrial necesarias para que sus discentes realizaran las prácticas previstas para su adiestramiento laboral, sin exponerlos al riesgo de desmembramiento. Deber que incumplió en particular por no colocar a disposición de la víctima el aditamento dispuesto para prevenir en manejo del MOLINO DE CARNE F-13-4040-/11-11, atrapamiento de miembro superior, a saber, el mortero, empujador, embolo o embutidor plástico, ni haberle instruido sobre su requerimiento y uso”.

**SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 2017, Exp. 250002326000201200773-00, SECCION TERCERA SUBSECCION “C”, MP. DRA. MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO- PRIMERA INSTANCIA.**

**PRESIDENTE: Dr. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**

**SECCIÓN PRIMERA**

PRESIDENTA: DRA. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:**

DRA. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

DR. LUIS MANUEL LASSO LOZANO

DR. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:**

DR. OSCAR ARMANDO DIMATÉ CARDENAS

DR. FREDY HERNANDO IBARRA MARTÍNEZ

DR. MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZON

**SECCION SEGUNDA**

PRESIDENTE: DR. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:**

DRA. CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO

DR. JOSE MARIA ARMENTA FUENTES

Dr. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:**

DR. ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS

DR. LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN

DR. JOSE RODRIGO ROMERO ROMERO

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN C:**

DRA. AMPARO OVIEDO PINTO

DR. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL

DR. SAMUEL JOSE RAMIREZ POVEDA.

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN D:**

DR. LUIS ALBERTO ALVAREZ PARRA

DR. CERVELEON PADILLA LINARES

DR. ISRAEL SOLER PEDROZA

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN E:**

DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO

DR. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON

DR. JAIME ALBERTO GALEANO GARZON

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN E:**

DRA. BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS

DRA. ETNA PATRICIA SALAMANCA GALLO

DR. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

**SECCION TERCERA:**

PRESIDENTE: DR. JOSE ELVER MUÑOZ BARRERA

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:**

DRA. BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA

DR. JUAN CARLOS GARZON MARTINEZ

DR. ALFONSO SARMIENTO CASTRO

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:**

DR. HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLON

DR. LEONARDO AUGUSTO TORRES CALDERON

DR. CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN C:**

DRA. MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

DR. FERNANDO IREGUI CAMELO

DR. JOSE ELVER MUÑOZ BARRERA

**SECCIÓN CUARTA**

PRESIDENTA: DRA. CARMEN AMPARO PONCE DELGADO

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN A:**

DRA. GLORIA ISABEL CACERES MARTINEZ

DRA. AMPARO NAVARRO LÓPEZ

DR. LUIS ANTONIO RODRIGUEZ MONTAÑO

**MAGISTRADOS: SUBSECCIÓN B:**

DRA. CARMEN AMPARO PONCE DELGADO

DRA. NELLY YOLANDA VILLAMIZAR DE PEÑARANDA

DR. JOSE ANTONIO MOLINA TORRES.



**DIRECCIÓN, EDICIÓN Y PUBLICACION**

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

**SALA DE GOBIERNO**

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

**-Reseña de Fallos**

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

**-Auxiliares de Relatoría**

**María Amparo Kerguelen Botero**  
**Pedro Nelson Montenegro Santana**

**NOTAS:**

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

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

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

