



DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	
Periodo:	Noviembre de 2014	Boletín 11 (parte 1) de 2014

El boletín recoge breves reseñas de algunas providencias en las cuales el funcionario titular del despacho actúa como ponente o expide directamente. Excepcionalmente se insertarán aclaraciones o salvamentos. El texto completo podrá consultarse en línea en documentos PDF (seguir hipervínculo).

ÍNDICE GENERAL

Referencia	Pág.
INCIDENTE DE DESACATO	
REF.: TUTELA. AUTO. RESUELVE INCIDENTE DE DESACATO. INFRACCIÓN OBJETIVA POR INCUMPLIMIENTO A ORDEN JUDICIAL.	3
REPARACIÓN DIRECTA	
REF.: REPARACIÓN. FALLO. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LESIONES CAUSADAS A SOLDADOS REGULARES EN SERVICIO MILITAR. CONFIRMA FALLO ESTIMATORIO. TÍTULO DE IMPUTACIÓN: DAÑO ESPECIAL. INDEMNIZACIÓN DAÑO CAUSADO A CONSCRIPTOS. CONCURRENCIA DE LUCRO CESANTE CON PRESTACIONES PREDETERMINADAS. ACATAMIENTO DE SENTENCIA DE TUTELA.	4
REF.: REPARACIÓN. FALLO. CPACA. SERVICIOS MÉDICO ASISTENCIALES. TÍTULO DE IMPUTACIÓN FÁCTICA: FALLA PROBADA DEL SERVICIO. DEBERES DE PRESERVAR LA INTEGRIDAD FÍSICA DEL PACIENTE. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO Y LA ACTIVIDAD MÉDICA. CAÍDA DEL PACIENTE COMO EVENTO ADVERSO NO CONSTITUYE CAUSA DE LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO. DAÑO DERIVADO DE TRUMA PREVIO EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO. DIAGNÓSTICO Y SEGUIMIENTO. REMISIÓN A SERVICIO DE REFERENCIA: ANOTACIONES CLÍNICAS CONTINUAS. SE DESCONOCE ACTIVIDAD DE LA EPS (NO DEMANDADA). REPROCHE A LA ENTIDAD HOSPITALARIA POR INCUMPLIMIENTO DE DEBERES DE VIGILANCIA DEL PACIENTE. SENTENCIA DESESTIMATORIA.	8
REF.: FALLO. REPARACIÓN DIRECTA. ACTIO IN REM VERSO. COBRO DE SERVICIOS DE PARQUEADERO PRESTADO A AUTOMOTORES DE PARTICULARES INMOVILIZADOS POR INFRACCIONES DE TRÁNSITO. INEXISTENCIA DEL DAÑO. CARGA DE LA PRUEBA EN CABEZA DEL DEMANDANTE. DIFERENCIACIÓN DEL RÉGIMEN DE OBLIGACIONES: EN VIGENCIA DEL CONTRATO Y VENCIDO EL CONTRATO, CON DEPÓSITO AUTORIZADO POR LA ADMINISTRACIÓN. SENTENCIA DESESTIMATORIA. REITERACIÓN.	12
REF.: FALLO. MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA. DESCRIPTOR: DESAPARICIÓN FORZADA. RESTRICTORES: (1) PRESUPUESTOS NORMATIVOS. (2) OCULTAMIENTO DE LA VÍCTIMA. (3) OCULTAMIENTO DE INFORMACIÓN. DESCRIPTOR: ASPECTOS PROCESALES. RESTRICTORES: (1) CADUCIDAD. (2) DESAPARICIÓN FORZADA. (3) HOMICIDIO SIN OCULTAMIENTO. DESCRIPTOR: ASPECTOS PROCESALES. RESTRICTORES: (1) PRESUPUESTOS PROCESALES. (2) OPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN. (3) CONTROL OFICIOSO. DESCRIPTOR: ASPECTOS PROCESALES. RESTRICTORES: (1) CADUCIDAD. (2) EFECTOS DE LA CADUCIDAD. (3) FALLO INHIBITORIO. REITERACIÓN.	14
REF.: REPARACIÓN. FALLO. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN. CIERRE AUTORIZADO DE VÍAS PÚBLICAS. DEBER DE VIGILANCIA: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO. NO SE SUPLEN CON EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE AUTORIZACIÓN. ACCIDENTE DE TRÁNSITO: MUERTE DE CONDUCTOR DE MOTOCICLETA. FALLO ESTIMATORIO.	16
POPULAR	
REF.: POPULAR. AUTO. RELLENO SANITARIO MACONDO. AGOTAMIENTO DE JURISDICCIÓN. NULIDAD PROCESAL NUEVA ACTUACIÓN POPULAR. APLICACIÓN DE LÍNEA DE UNIFICACIÓN. COADYUVANCIA DE NUEVO ACTOR POPULAR. LEGITIMACIÓN POR PASIVA: COINCIDENCIA DE UN SOLO DEMANDADO NO EXCLUYE LA IDENTIDAD DE PARTES, SI HAY IDENTIDAD DE OBJETO LITIGIOSO. DESGASTE DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. PREVALENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE CELERIDAD Y ECONOMÍA PROCESAL.	21



NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO	
<u>REF.: FALLO. NRD. NIVELACIÓN SALARIAL. COMPARACIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES. TÉCNICO SECRETARÍA DE SALUD DE CASANARE. INEXISTENCIA DE DIFERENCIACIÓN RELEVANTE DE FUNCIONES QUE JUSTIFIQUE LA DESIGUALDAD SALARIAL. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL "A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL". LA DISCRIMINACIÓN NO ES OBJETIVA, JUSTIFICADA NI RAZONABLE. APLICACIÓN DEL TEST DE PONDERACIÓN: JUICIO DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.</u>	<u>23</u>
<u>REF.: AUTOS. NRD. AUDIENCIA INICIAL. DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS Y DE MÉRITO DE PRONUNCIAMIENTO PREVIO: DECLARACIÓN DE OFICIO DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR NO HABERSE DEMANDADO LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS POR LOS CUALES SE RECONOCIÓ PENSIÓN GRACIA Y RELIQUIDACIÓN PENSIONAL.</u>	<u>25</u>
<u>FALLO¹. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: PENSIONES. RESTRICTORES: (1) PENSIÓN DE VEJEZ. (2) SECTOR SALUD TERRITORIAL (3) IBL. ASUNTO LITIGIOSO (PALABRAS CLAVE): PENSIÓN DE VEJEZ: PROFESIONAL ÁREA DE LA SALUD. PENSIÓN ORDINARIA LEY 33 DE 1985: INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC) E INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN (IBL). RÉGIMEN DE TRANSICIÓN LEY 33: ENUMERACIÓN ENUNCIATIVA. SE INCLUYEN TODOS LOS FACTORES CONSTITUTIVOS DE SALARIO. EFECTOS DE LA SENTENCIA C-258 DE 2013, NO SON APLICABLES A LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE PENSIÓN DE LOS CUALES NO SE OCUPÓ LA CORTE. REITERACIÓN.</u>	<u>26</u>
<u>REF.: NRD. FALLO. ACTOS PRECONTRACTUALES (ADJUDICACIÓN DE CONTRATO Y NULIDAD DEL CONTRATO CELEBRADO). FACULTADES DE REPRESENTACIÓN DEL SUPLENTE DEL GERENTE. AUSENCIA OCASIONAL DEL PRINCIPAL: NO REQUIERE PRUEBA. ATAQUE AL CONTRATO ADJUDICADO: NULIDAD POR PRESUNTA ADJUDICACIÓN IRREGULAR. GLOSAS A LA PROPUESTA FAVORECIDA. PRETENSIONES PATRIMONIALES DEL PROPONENTE VENCIDO: DEMOSTRACIÓN DE HABER OFRECIDO LA MEJOR PROPUESTA. CALIFICACIÓN TÉCNICA (FACTORES DE EVALUACIÓN). CARGA DE PRUEBA. ARANCEL JUDICIAL. DISPOSICIONES EN FALLO: DEVOLUCIÓN PARCIAL POR PROSPERIDAD DE PRETENSIONES.</u>	<u>28</u>
<u>REF.: FALLO. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: REINCORPORACIÓN SERVIDORES DAS. RESTRICTORES: (1) EMOLUMENTOS LABORALES. (2) RÉGIMEN FISCALÍA GENERAL. (3) PRIMA DE CLIMA. ASUNTO LITIGIOSO (PALABRAS CLAVE). [REITERACIÓN DE LÍNEA]: INCORPORACIÓN DE SERVIDORES DEL DAS A LA PLANTA DE LA FISCALÍA. PRESERVACIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS (CARGO EN CARRERA) VERSUS SUJECCIÓN AL NUEVO RÉGIMEN DE SALARIOS Y PRESTACIONES. INCLUSIÓN DE PRIMA DE CLIMA. DESMEJORAMIENTO OBJETIVO: CARGA DE LA PRUEBA. [APERTURA CON VARIANTE DE LÍNEA]: CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DE SERVIDOR DE CARRERA DEL DAS: NO GENERA DERECHOS ADQUIRIDOS PARA INCORPORACIÓN.</u>	<u>34</u>

¹ Factores reliquidación pensión ordinaria (salud). Matriz actualizada X-2014.



INCIDENTE DE DESACATO

REF.: TUTELA. AUTO. RESUELVE INCIDENTE DE DESACATO. INFRACCIÓN OBJETIVA POR INCUMPLIMIENTO A ORDEN JUDICIAL.

Nº de Radicación	850012333000-2014-00216-00
Medio de Control	TUTELA
Demandante	JEINER NOEL ZORRO BOHÓRQUEZ y otros
Demandado	CORPORINOQUIA
Vinculados	JHON JAIRO TORRES TORRES y otros
Fecha Providencia: Seis (6) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES:

Por auto del 17 de octubre de 2014 se decidió abrir incidente de desacato contra la directora de CORPORINOQUIA, el señor Jhon Jairo Torres Torres y la señora Genny Miladi Torres Torres, representante legal de la “Ciudadela La Bendición – Jhon Jairo Torres S.A.S.”, por incumplimiento al fallo de tutela del 8 de octubre de 2014. Los dos particulares fueron sancionados con multas por no realizar adecuadamente las actividades de publicidad de la sentencia, orientadas a prevenir a eventuales interesados en esa “urbanización”.

REITERACIÓN:

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Se agota en la función correctiva el objetivo y alcance del control judicial en desacato, para forzar el acatamiento de las órdenes impartidas en fallos de tutela?²

REPARACIÓN DIRECTA

Ref.: REPARACIÓN. Fallo. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LESIONES CAUSADAS A SOLDADOS REGULARES EN SERVICIO MILITAR. CONFIRMA FALLO ESTIMATORIO. TÍTULO DE IMPUTACIÓN: DAÑO ESPECIAL. INDEMNIZACIÓN DAÑO CAUSADO A CONSCRIPTOS. CONCURRENCIA DE LUCRO CESANTE CON PRESTACIONES PREDETERMINADAS. Acatamiento de sentencia de tutela.

² Tesis: No, pues tal como se ha reiterado en la Corporación, la sanción por desacato tiene dos finalidades: una correctiva y otra más trascendental encaminada a lograr la eficaz ejecución de los mandatos de los fallos de tutela en pro de la satisfacción del derecho fundamental concernido. TAC, auto del 23 de julio de 2008, ponente Néstor Trujillo, radicado 850013331002-2007-00598-01. Más recientemente, entre otros, providencias del 12 de febrero de 2013 (expediente 850013331002-2012-00017-01), del 4 de junio de 2013, radicado 850013333001-2013-00052-02, del diecisiete (17) de junio de 2013 radicado: 850013333002-2008-00002-04, del 20 de junio de 2013 radicado: 850013333002-2012-00047-01, del 3 de julio de 2013 radicado 850013331-002-2013-00106-01 y 14 de noviembre de 2013 radicado 850013333002-2013-00189-01 con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González. Últimas reiteraciones: TAC, auto del 10 de julio de 2014, radicado 850013333001-2014-00071-01 y del 30 de octubre de 2014 radicado 850012331002-2014-00180-00 del mismo ponente.



Nº de Radicación	850013331-001-2012-00041-01
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	CRISTÓBAL MENDIVELSO RAVELO, MARTINA MENDIVELSO RAVELO, GUSTAVO OLIVOS MENDIVELSO, MARCO TULIO OLIVOS MENDIVELSO y ÓSCAR RUBÉN MENDIVELSO RAVELO.
Demandado	NACIÓN (MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL)
Fecha Providencia: seis (6) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES:

Se discute la presunta responsabilidad de la entidad demandada con ocasión de las lesiones sufridas por la caída de un conscripto al realizar un desplazamiento táctico cuando se encontraba prestando servicio militar obligatorio; cayó de su propia altura, lo que le generó trauma lumbar con aplastamiento en L4 y graves lesiones. El día 15 de junio de 2011 se realizó en la Dirección de Sanidad del Ejército junta médica laboral dictaminando disminución en la capacidad laboral del 21.7% de carácter permanente parcial, por lo que se le declaró no apto para actividad militar.

No se tienen evidencias de las actividades productivas del conscripto antes de incorporación a filas; tampoco de los reconocimientos que debía hacer la Administración como prestaciones predeterminadas propias del servicio.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Está llamado el Estado a responder por las lesiones que sufre un conscripto con ocasión de accidente ocurrido en actividades propias del servicio militar obligatorio, especialmente por enfermedad adquirida o cuando menos revelada durante la conscripción?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Conscriptos</i>	Responsabilidad extracontractual Accidente en servicio Título de imputación

TESIS: Sí. Pues de conformidad con el art. 90 de la Constitución, se ha configurado un daño antijurídico; si se somete al soldado conscripto a una carga mayor a la que este se encuentra obligado a soportar, esto es, a las restricciones normales de sus derechos y libertades para dar cumplimiento a la misión del Ejército, será deber del Estado devolverlos a la sociedad en las condiciones en que ingresaron: *si reclutó sano, desincorpora sano*; o responde por los hechos lesivos ocurridos durante la conscripción, en virtud de los deberes de garante que se imponen a la Administración.

ARGUMENTOS:

1. De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas que le sean imputables. En consecuencia, es necesario dilucidar en cada caso concreto si se configuran los elementos previstos en esta norma para que nazca el deber del Estado de responder, esto es, el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al demandado.



2. La jurisprudencia vertical³ y horizontal tiene decantado que el régimen de responsabilidad aplicable al caso de los conscriptos que se ven obligados a prestar servicio militar es el objetivo, el cual, visto desde la perspectiva del daño especial, requiere que el daño se genere por: “i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estaría sometido y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial⁴.”

3. No hay duda de que bajo el esquema constitucional que se adoptó a partir de 1991 el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando le sea *imputable y antijurídico*. La mutación constitucional varió en forma contundente la naturaleza y finalidad de la institución, de sancionatoria pasó a reparatoria, teniendo en cuenta no solo al agente del daño sino a la víctima como destinataria de la reparación.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Procede reconocimiento de perjuicios morales a favor de víctimas indirectas cuando se trata de lesiones leves?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Perjuicios morales	Lesiones leves Víctimas indirectas
Lesiones leves	Perjuicios morales Víctimas indirectas

TESIS: Sí. Esta Corporación en múltiples ocasiones había reconocido la procedencia de indemnización de perjuicios morales por el daño antijurídico constituido por lesiones leves, tanto a favor de la víctima directa como de las indirectas, pues la *existencia* del mismo no depende de su gravedad; para la regulación, acudió al prudente arbitrio judicial y al principio de ponderación⁵. Hoy se aplica la metodología de baremos adoptada en fallos de unificación del 28 de agosto del 2014 por el Pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

ARGUMENTOS:

1. Anteriormente, el Consejo de Estado precisó, en sentido similar a la tesis adoptada por el Tribunal, que dicha tasación meramente *compensatoria del dolor* no deja de ser un ejercicio discrecional del juez, sin lograr en el pasado la consolidación de elementos objetivos que permitieran realizar una valoración enteramente

³ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Sentencia del 26 de julio de 2012. Radicado número 19001-23-31-000-1999-12390-01(24358). Actor: Gerardo Monroy y otros.

⁴ Tribunal Administrativo de Casanare. M.P. Néstor Trujillo González. Sentencia del 31 de mayo de 2012. Radicado No. 85001-33-31-002-2010-00024-01. Actor: Carlos Vicente Molina y otros. Reiteraciones más recientes en fallos del 18 de septiembre de 2014, radicación 850013331-701-2012-00008-00 y del 25 de septiembre de 2014, radicación 850013331701-2012-00086-01; ambas del mismo ponente. La línea es constante y uniforme en lo que atañe a dicho título de imputación.

⁵ Tribunal Administrativo de Casanare. M.P. Néstor Trujillo González. Sentencia del 20 de abril de 2006. Radicado número 85001-2331-000-2002-00259. Actor: Alirio Triana Pinzón y otros.



uniforme, pero teniendo en cuenta criterios tales como la igualdad, equidad, los grados de parentesco de los que se infieren relaciones afectivas⁶.

- En fallos de unificación del 28 de agosto del 2014 el Pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado adoptó la metodología de *baremos*, en virtud de la cual se ponderan esencialmente el grado de la lesión, usualmente expresada en porcentaje de discapacidad aunque no únicamente reducida a ello, así como los grupos familiares para incluir a la par con la víctima directa los más cercanos (nivel 1: pareja, padres e hijos; nivel 2: abuelos, hermanos y nietos), para quienes basta la prueba del hecho lesivo y del compromiso al derecho a la salud para que se *presuma* la existencia de perjuicios morales, cuyo reconocimiento judicial se hará conforme a la matriz que el superior funcional ha trazado con carácter vinculante para toda la jurisdicción⁷. Ya en el pasado reciente esta Sala se plegó a esa solución hermenéutica y a ello ha de estarse.

Reiteración:

PROBLEMA JURÍDICO 5: ¿Cuál es el monto a indemnizar a la víctima directa por concepto de perjuicios morales tratándose de lesiones leves?⁸

PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Hay lugar a reconocer perjuicios por daño a la vida de relación cuando no se acredita dentro del proceso la afectación de la órbita externa que se dijo produjo a las víctimas la lesión padecida por el conscripto; basta en esos casos la satisfacción compensatoria por **menoscabo de la salud**?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Daño a la vida de relación	Carga de la prueba Compensación Daño a la salud

TESIS: No. La necesidad de demostrar el daño que se genera en la órbita externa de los planos espiritual o emocional de la persona que padece lesión que pueda alterar su proyecto vital, en ocasiones junto con el de algunos de sus seres queridos, es una carga que está atribuida a la parte actora.

ARGUMENTOS:

- En ocasiones anteriores este Tribunal ha dicho: *“Frente a las características de la lesión y de sus secuelas, de relativa levedad, no basta que en la demanda se afirme la perturbación a esa esfera personalísima que se construye en lo espiritual a partir del derecho al goce de un cuerpo y de una mente sanos, que potencien el pleno disfrute de la*

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de fecha 25 de mayo de 2011. Radicación número 52001-23-31-000-1997-08789-01(15838, 18075, 25212 acumulados). Actor: José Ignacio Ibáñez Díaz y otros.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación 31172 del 28 de agosto de 2014, ponente Exp. 31172, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz., radicación 50001231500019990032601 (31172).

⁸ De acuerdo a la matriz de puntos adoptada recientemente en sentencia de unificación del 28 de agosto del 2014 por el Pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Antecedente en TAC, sentencia del 25 de septiembre de 2014, radicado 850013331701-2012-00007-01, ponente Néstor Trujillo González. En aquella ocasión se advirtió lo siguiente: *“Pese a que el Tribunal conoce la matriz de puntos que adoptó el superior funcional y ya la ha aplicado en otros casos recientes (TAC, sentencia del 18 de septiembre de 2014 radicado 850013331-701-2012-00008-00 ponente Néstor Trujillo González), se prescindió de ella en el caso concreto porque la parte actora aceptó la metodología y el monto base de los perjuicios morales que asignó el juez de primer grado; no es factible variarla para hacer más gravosa la posición de la parte pasiva”.*



*vida de relación en pareja, en familia y en comunidad, para que pueda imponerse una condena. La prueba de los hechos objetivos de los que se infiere la disfunción corporal, de cuya gravedad no hay otra noticia que la escueta descripción clínica, no es suficiente para que también se tenga por demostrado cómo se ha impactado la economía vital, la calidad de vida o la vida de relación, pues cada ser humano responde desde su única e irrepetible individualidad de manera diferente frente a los mismos fenómenos (...)*⁹.

2. Es pertinente agregar que los estándares posteriores de unificación han precisado que la nomenclatura cifrada en *daño a la vida de relación, alteración de las condiciones de existencia, perjuicio fisiológico*, entre otras expresiones, debe sustituirse por un tratamiento más homogéneo del **daño autónomo a la salud**, que se repara por regla general con la matriz de puntos o baremos ya aludida en precedencia, salvo excepcionales circunstancias de gravedad del daño y de sus particularidades.

3. Sin la prueba específica de esa connotación adicional del daño resarcible ha de estarse a la regulación a título de perjuicios morales conforme a la siguiente advertencia: *“Puesto que ni se probaron ni se identifican elementos objetivos para acudir a la regla de excepción, se tiene que la perturbación constitutiva del daño tiene adecuada reparación con la indemnización por perjuicios morales ya anunciada en precedencia, acompañada de la que corresponderá a lucro cesante que se fija más adelante, sin que puedan concurrir dos especies de resarcimiento por idéntico daño inmaterial (...)*”.

4. *“Se invocan por analogía conceptual los lineamientos señalados por el Consejo de Estado (aunque en otro contexto del hecho lesivo): En aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar ex ante: (a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado.¹⁰ Por consiguiente, se mantendrá la decisión de primer grado, de no reconocer reparación adicional por daño a la salud, aludida en el debate como alteración de las condiciones de existencia o daño a la vida de relación”¹¹.*

Reiteración:

PROBLEMA JURÍDICO 4: *¿Pueden concurrir indemnización predeterminada por la disminución de la capacidad laboral otorgada por la entidad demandada y la reparación judicial por lucro cesante a favor de un conscripto que sufre en el servicio y por razón del mismo, menoscabo en su salud o integridad?*¹²

⁹ Tribunal Administrativo de Casanare. M.P. Néstor Trujillo González. Sentencia del 20 de abril de 2006. Radicado número 85001-2331-000-2002-00259. Actor: Alirio Triana Pinzón y otros.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, ponente Ramiro Pazos Guerrero, radicación 050012325000199901063-01(32988).

¹¹ TAC, sentencia del 18 de septiembre de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331-701-2012-00008-01. PRECEDENTE

¹² **Tesis (general):** Sí. Acorde con la línea uniforme de las subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, retomada en la *ratio decidendi* de la **sentencia de unificación** 31.172 del 28 de agosto de 2014, la prestación predeterminada cubre los *riesgos inherentes* a la vida militar, o los de otras actividades altamente peligrosas con régimen especial, de manera que si ellos son desbordados por hechos imputables a la Administración, no solo surge responsabilidad estatal por daño antijurídico, sino que hay lugar a la acumulación de reparación plena por lucro cesante, a título de perjuicios materiales, sin descuento alguno. TAC, sentencia del 18 de septiembre de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331-701-2012-00008-01.

Tesis (aclaraciones de voto): No. Pero es fundado *hacer concurrir la indemnización predeterminada, la satisfacción de los perjuicios morales y la plena reparación de otras especies de daño extrapatrimonial*, tales como: daño corporal, daño estético, daño a la salud, daño fisiológico, daño psicótico u otras contingencias que genéricamente se



Ref.: RD. Fallo. CPACA. SERVICIOS MÉDICO ASISTENCIALES. TÍTULO DE IMPUTACIÓN FÁCTICA: FALLA PROBADA DEL SERVICIO. DEBERES DE PRESERVAR LA INTEGRIDAD FÍSICA DEL PACIENTE. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO Y LA ACTIVIDAD MÉDICA. CAÍDA DEL PACIENTE COMO EVENTO ADVERSO NO CONSTITUYE CAUSA DE LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO. DAÑO DERIVADO DE TRUMA PREVIO EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO. DIAGNÓSTICO Y SEGUIMIENTO. REMISIÓN A SERVICIO DE REFERENCIA: anotaciones clínicas continuas. Se desconoce actividad de la EPS (no demandada). Reproche a la entidad hospitalaria por incumplimiento de deberes de vigilancia del paciente. Sentencia desestimatoria.

Nº de Radicación	850013333702-2013-00090-01
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	JORGE ENRIQUE SALAMANCA BALLESTEROS
Demandado	HOSPITAL DE YOPAL E.S.E
Fecha Providencia: seis (6) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES:

Se controvierte la responsabilidad institucional del ente demandado por presunta deficiente prestación del servicio médico y asistencial al actor con ocasión de un accidente de tránsito. El demandante fue víctima de accidente en motocicleta, sufrió trauma craneoencefálico severo y fractura radio cubital derecha con síndrome postraumático; alude que luego de haberse llevado a cabo la primera intervención quirúrgica se lesionó *el nervio axial y el plexo braquial* severamente de su brazo derecho debido a la caída sufrida horas después de haberlo intervenido y a la demora en su diagnóstico (tres meses después), todas estas circunstancias imputables a la deficiente práctica médica y hospitalaria, lo que configuró una *falla* en la atención que finalmente ocasionó la limitación funcional de su hombro derecho con pérdida de la capacidad laboral en un 50.59%

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Debe responder el centro hospitalario por las presuntas lesiones neurológicas atribuidas a la caída de un paciente de la camilla luego de una intervención quirúrgica, pese a que previamente a dicho evento adverso ya se habían advertido tales complicaciones como consecuencia de un accidente?

DESCRITORES	RESTRICTORES
<i>Servicios médico asistenciales</i>	Seguridad física del paciente Caída de camilla Ruptura nexo causal
<i>Servicios médico asistenciales</i>	Caída de camilla Lesión preexistente

pueden agrupar en la nomenclatura usual de *alteraciones de las condiciones de existencia* o de *daño a la vida de relación*, para anclar todas las fuentes jurídicas de las indemnizaciones **directamente en la Carta de Derechos**. De dicha manera, también constituye *daño resarcible* la *pérdida* o *reducción* de la **libertad de optar**, temporal o definitivamente, por ocupaciones o actividades productivas diferentes.

En esta ocasión **en acatamiento al fallo de tutela** proferido por la Sección Segunda (B) del Consejo de Estado el 30 de julio de 2014, ponente Gerardo Arenas Monsalve, radicación 11001031500020140085700 se dispuso: "*Aunque preservó (el fallo de tutela) el núcleo esencial de la autonomía constitucional del juez natural que cierra la instancia ordinaria, ordenó emitir nuevo fallo en el que se tenga en cuenta (...) lo relativo a la carga de prueba de productividad y a la concurrencia de la reparación con el régimen predeterminado de la conscripción.*"



TSIS: No, pues se rompe el *nexo causal* como elemento de responsabilidad. Aunque la entidad hospitalaria debe responder por la seguridad física del paciente, pues ostenta la calidad de guardián de la actividad asistencial, habrá que analizar las circunstancias del caso concreto para determinar si el daño final es consecuencia directa del suceso adverso presentado, consistente en *una caída o un golpe intrahospitalario*.

ARGUMENTOS:

1. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha dejado de lado la teoría de la falla presunta para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre esta y aquel¹³.
2. Igualmente se ha precisado que la responsabilidad patrimonial por la falla médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores al acto profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo¹⁴.
3. Acerca de la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones de seguridad del paciente en la atención hospitalaria, siguiendo la senda del superior funcional¹⁵ y con vista en las *guías de atención* trazadas por el Gobierno, esta Sala precisó los deberes de los centros hospitalarios: *“La exigencia de prevenir, contener o mitigar los riesgos intrahospitalarios frente a diversos eventos adversos que puedan comprometer la salud del paciente por omisión de cuidados de hostería no es una prédica jurídica aislada fruto de la doctrina o de los jueces; por el contrario, la autoridad regulatoria del sector salud en el país expresamente tiene advertido a las instituciones asistenciales un mínimo de precauciones que les son enteramente exigibles”*¹⁶.
4. La pretermisión de esos deberes de las entidades asistenciales es reprochable y amerita dar noticia a los órganos regulatorios (...), pero imputado a título de *daño* la generación de una lesión traumática por la caída de la camilla, o la agravación de complicación preexistente de origen externo a grave accidente de tránsito, requiere **demostrar que en ella radica la causa más probable de la lesión orgánica**. Esto es, para que el evento adverso señalado, enteramente imputable a la demandada, adquiera la dimensión de *hecho lesivo* y genere la obligación de reparar, no es suficiente la infracción al deber objetivo de cuidado; sin nexo causal, no hay responsabilidad patrimonial por la que deba resarcirse.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, Exp. 15.772, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; y de 30 de julio de 2008, Exp. 15.726, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, entre otras. Reiteración sentencia del 3 de mayo de 2013 Radicación: 25000-23-26-000-2001-00572-01(26352), ponente: Danilo Rojas Betancourth.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2011, Exp. 20.502, y del 29 de marzo de 2013, radicado 07001233100019980899-01 (20.774), ponente Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 2011, radicado Rad. 05001-23-26-000-1996-01596-01(20132), ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁶ TAC, sentencia del 31 de julio del 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331002-2012-00003-01. Las conclusiones en ese fallo fueron diferentes a las de ahora, por protuberantes diferencias en los presupuestos fácticos acerca del nexo causal. No hay rectificación del componente abstracto. PRECEDENTE



PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Es imputable a la entidad asistencial demandada la demora en el tratamiento y corrección quirúrgica de la complicación neurológica en miembro superior derecho, detectada tempranamente pero intervenida meses después, sin que se conozca la evolución de las gestiones a cargo de la respectiva EPS?

DESCRITORES	RESTRICTORES
Servicios médico asistenciales	Referencia y contrarreferencia Demora remisión paciente Obligaciones EPS
Aspectos probatorios	Carga de la prueba Referencia y contrarreferencia Demora remisión paciente

TESIS: No. Conocida la existencia de complicación del cuadro clínico, la entidad asistencial debe brindar tratamiento adecuado hasta cuando se ejecute la orden de remisión al servicio de referencia. Esta última requiere actividades propias del paciente y de la respectiva EPS, sin que pueda presumirse que toda tardanza sea imputable a la IPS que tuvo a cargo al lesionado.

ARGUMENTOS:

1. La Sala¹⁷ recientemente retomó otros pronunciamientos del Tribunal para señalar los parámetros establecidos por la jurisprudencia frente al diagnóstico médico y precisó lo siguiente: *“la doctrina jurídica especializada utilizada por el órgano de cierre en múltiples ocasiones¹⁸, ha señalado que el diagnóstico es uno de los principales momentos de la asistencia médica, pues a partir de sus resultados se elabora la historia clínica del paciente y toda la actividad posterior conocida como tratamiento; (...) el diagnóstico... puede descomponerse en dos tipos de actuaciones... En una primera etapa, o fase previa, se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento del presunto enfermo. Aquí el profesional debe agotar en la medida de lo posible el conjunto de pruebas que lo lleven a un diagnóstico acertado. Tomar esta actividad a la ligera, olvidando prácticas elementales, es lo que en más de una oportunidad ha llevado a una condena por daños y perjuicios ...En una segunda etapa, una vez recogidos todos los datos obtenidos en el proceso anterior, corresponde el análisis de los mismos y su interpretación, “coordinándolos y relacionándolos entre sí”.*
2. Aunque, como se vio, el diagnóstico es uno de los principales momentos de la actividad médica (...), habrá circunstancias especiales en las que dadas las condiciones del paciente y la *prioridad de salvar su vida*, no se puede llevar a cabo el tratamiento inmediato de lesiones *“menos graves”* como aquellas que tienen que ver con extremidades superiores e inferiores. Pero dicha explicación, ofrecida por la demandada y sustentada en los testimonios técnicos, solo tiene acogida hasta cuando el servicio de neurología dio de *alta* al paciente, por haber quedado resuelto el compromiso básico vital (TEC severo), pues desde entonces la entidad asistencial pudo ocuparse y resolver las otras complicaciones, detectadas desde los albores de las intervenciones médicas.

¹⁷ T.A.C. Sentencia del 9 de mayo de 2013. Radicado nº 850013331701-2010-00081-01. M.P.: Carlos Alberto Hernández. Reiteración en sentencia del 22 de mayo de 2014, radicado 850013331002-2012-00096-01, ponente: Néstor Trujillo González. PRECEDENTE

¹⁸ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia doce (12) de febrero dos mil nueve (2009). Bogotá D.C. M.P: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Reparación directa; Rad. 25000-23-26-000-1994-00175-01(16147).



3. Aquí se conoce el desenlace, esto es, la perturbación de los arcos de movimiento del brazo derecho por la lesión del plexo braquial, no causada por el servicio asistencial, pero no en qué medida habrían podido atenuarse tales efectos adversos de haberse intervenido quirúrgicamente con mayor prontitud. Luego no es imputable a la demandada el *daño final* en sí mismo, esto es, el *resultado que se habría podido evitar*, porque deviene directamente del trauma que el paciente sufrió en accidente de tránsito, sino únicamente la merma de *oportunidad de tratamiento* que razonablemente habría podido ofrecer un mejor pronóstico. Se trata, entonces, de un evento que se califica como *daño autónomo por pérdida de oportunidad*.

4. Así esté determinado que existe *daño autónomo por pérdida de oportunidad*, pues la tardanza en ejecutar correctivos quirúrgicos del tejido nervioso afectado hace menos favorable el pronóstico de la cirugía, no es suficiente para deducir inexorable responsabilidad al centro asistencial que atendió al paciente; si este diagnosticó tempranamente la existencia de la complicación, hizo las pertinentes evoluciones clínicas, libró las órdenes de interconsulta especializada y de remisión al servicio de *referencia*, queda todavía por establecer si la ejecución de aquellas se demoró por hechos imputables al paciente mismo o a terceros (EPS por ejemplo), sin que pueda conjeturarse por el solo resultado lesivo final que la falla institucional fue, precisamente, de la IPS que ha dejado detallado registro en la historia clínica de todo lo que correspondía resolver.

Ref.: Fallo. REPARACIÓN DIRECTA. ACTIO IN REM VERSO. COBRO DE SERVICIOS DE PARQUEADERO PRESTADO A AUTOMOTORES DE PARTICULARES INMOVILIZADOS POR INFRACCIONES DE TRÁNSITO. INEXISTENCIA DEL DAÑO. CARGA DE LA PRUEBA EN CABEZA DEL DEMANDANTE. DIFERENCIACIÓN DEL RÉGIMEN DE OBLIGACIONES: EN VIGENCIA DEL CONTRATO Y VENCIDO EL CONTRATO, CON DEPÓSITO AUTORIZADO POR LA ADMINISTRACIÓN. Sentencia desestimatoria. Reiteración.

Nº de Radicación	850012333002-2013-00185-00
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	PABLO ANTONIO TORRES POVEDA
Demandado	MUNICIPIO DE YOPAL
Fecha Providencia: seis (6) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES:

Se discute la responsabilidad de la entidad territorial por los servicios de parqueadero que el demandante prestó, después de vencido un contrato, para automotores de particulares, inmovilizados por infracciones de tránsito. A la terminación del último contrato suscrito entre las partes quedaron en las instalaciones del parqueadero algunos de los vehículos particulares inmovilizados por infracciones al Código Nacional de Tránsito e ingresados por las autoridades de tránsito; durante el año 2012 se recibieron en el parqueadero otros vehículos también inmovilizados por ellas.



El 1 de agosto de 2012 la parte actora solicitó a la administración de Yopal el pago del servicio de parqueadero de los vehículos automotores que quedaron bajo su cuidado una vez se liquidó el contrato; Yopal le manifestó que en el acta de liquidación del contrato las partes se declararon a paz y salvo y allí ninguna salvedad se dejó al respecto.

Reiteración:

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Para deducir eventual responsabilidad extracontractual a una entidad estatal es necesario encontrar configurado el daño antijurídico que se aduzca, como condición previa para examinar la conducta de las partes?¹⁹

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Corresponde al municipio por cuya orden administrativa se remiten vehículos a un aparcadero privado responder por el pago efectivo de las tarifas de depósito?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Servicios sin contrato	Depósito de vehículos Recaudo de tarifas Riesgo propio
Actio in rem verso	Servicios sin contrato Recaudo de tarifas Riesgo propio

TESIS: No. El riesgo del negocio corresponde al empresario que accede a prestar el servicio de depósito, pese a que está sometido a órdenes oficiales en lo relativo a tarifas y a los mecanismos de ingreso y salida de los vehículos. Así ocurre sea que medie o no contrato con la Administración, salvo expresa estipulación en contrario.

ARGUMENTOS:

1. La estructura de negocio que celebraron las partes (Yopal y el actor), ilustrativa de la modalidad de operación y de las relaciones jurídicas en el trípode *municipio <> parqueadero <> responsable del vehículo*, revela que la responsabilidad por las erogaciones propias del depósito del rodante siempre estuvieron a cargo de los *particulares* presuntos infractores. Lo único que varió en los dos escenarios fue el mecanismo de recaudo: *directo por la entidad territorial* mientras hubo cobertura contractual, para descontar su participación (10%) y entregar el resto al empresario (90%); y *directo por el dueño del parqueadero*, quien además de constatar la mediación de la *orden de salida* impartida por la autoridad de tránsito, tenía el encargo de velar por sus propios intereses económicos y porque se

¹⁹ **Tesis:** Sí. A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 todas las formas de responsabilidad estatal tienen como fuente normativa común el *daño antijurídico* (art. 90), presupuesto sin el cual carece de objeto la verificación de la imputación fáctica, en su doble ingrediente: hecho a probar y deber jurídicamente exigible que se afirma quebrantado. En igual sentido, TAC, sentencia del 15 de mayo de 2014, ponente Néstor Trujillo González, asunto contractual, radicación 850012331002-2011-00100-00 (contractual YUCASAN). También fallo del 30 de octubre de 2014, mismo ponente, controversia extracontractual, radicación 850012333002-2013-00003-00 (líder) y acumulados colapso PTAP Yopal.

En el caso concreto se concluyó que la relación de vehículos aportadas con la demanda, con la cual se pretendía acreditar fecha de ingreso de cada vehículo "inmovilizado", resulta insuficiente para ello, pues no obró prueba que evidenciara que los vehículos allí relacionados se dejaron en el parqueadero por disposición de o por cuenta de la autoridad de tránsito municipal; tampoco después de liquidado el último contrato se dejó inventario detallado de los vehículos que quedaron a esa fecha en las instalaciones del demandante por cuenta de la entidad demandada.



hubiera consignado lo del municipio (10%) ante las arcas oficiales.

2. Luego así se pudiera tener por determinada la existencia del daño, dejando de lado la imposibilidad de calcularlo por la precariedad probatoria ya evidenciada, surge un escollo insalvable: *el riesgo del negocio* siempre fue del empresario; con o sin contrato. El municipio nunca otorgó garantía de tomar a su cargo la eventual insolvencia, el abandono o la elusión del particular responsable de los vehículos dejados en el depósito *autorizado*, lo que no es lo mismo que *contratado* por el Estado.
3. De manera que no puede haber acrecimiento patrimonial injustificado a favor del municipio y con detrimento del actor; si alguno pudiera haberse realmente beneficiado por la falta de pago del servicio, lo sería el particular responsable que no haya comparecido a sanear su situación ante el organismo de tránsito y sus cuentas con el negocio privado.

Ref.: RD. Fallo. Medio de control: reparación directa. DESCRIPTOR: Desaparición forzada. RESTRICTORES: (1) Presupuestos normativos. (2) Ocultamiento de la víctima. (3) Ocultamiento de información. DESCRIPTOR: Aspectos procesales. RESTRICTORES: (1) Caducidad. (2) Desaparición forzada. (3) Homicidio sin ocultamiento. DESCRIPTOR: Aspectos procesales. RESTRICTORES: (1) Presupuestos procesales. (2) Oportunidad de la acción. (3) Control oficioso. DESCRIPTOR: Aspectos procesales. RESTRICTORES: (1) Caducidad. (2) Efectos de la caducidad. (3) Fallo inhibitorio. Reiteración.

Nº de Radicación	850013331703-2011-00018-02
Medio de Control	REPARACION DIRECTA
Demandante	ELKIN ALDRÚBAL VEGA ZAPATA y otros
Demandado	NACIÓN-MIN-DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
Fecha Providencia: trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES:

Se controvierte la responsabilidad de la Nación por hechos imputados al Ejército Nacional, por haber causado la muerte a un civil en operación militar. Según el relato de la demanda, militares pertenecientes al Birno 44, integrantes del pelotón “Cobra 3” Compañía 6 de Tauramena – Casanare, en desarrollo de la operación “Atahualpa”, simularon un supuesto enfrentamiento e hicieron pasar a la víctima como un subversivo del ELN que fue dado de baja como un N.N. y a quien le colocaron prendas militares, botas y un arma de fuego.

Por los anteriores hechos cursó investigación penal en la Fiscalía 62 de la Unidad de DDHH y DIH por los delitos de homicidio agravado, homicidio en persona protegida, porte ilegal de armas, destrucción u ocultamiento de documento público y desaparición forzada, el expediente penal se encuentra en etapa de juicio; aún no hay pronunciamiento de fondo.

Reiteración:



PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Puede aplicarse la regla especial de caducidad propia de los eventos de desaparición forzada a uno de muerte de un ciudadano causada por la Fuerza Pública, cuando entre la aprehensión ilegal, la muerte y la entrega del cadáver a la autoridad judicial transcurrieron pocas horas, todo el mismo día?²⁰

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Imputada la comisión de delito de homicidio en persona protegida en virtud de actividad de la Administración, se configura necesariamente el tipo internacional e interno de crimen de lesa humanidad, cuya reparación a cargo del Estado pueda perseguirse en cualquier tiempo?²¹

SALVAMENTO DE VOTO: Magistrado Héctor Alonso Ángel Ángel.

TESIS: En el caso concreto, los hechos son constitutivos de *delitos de lesa humanidad*, situación que impide que opere el fenómeno jurídico de la caducidad.

ARGUMENTOS:

1. Los crímenes de lesa humanidad no requieren para su configuración que se ejecuten dentro de un contexto de conflicto armado sino que basta que se presente una modalidad específica de ejecución dentro del marco de una actuación sistemática. Además se caracterizan por ser imprescriptibles. Se requiere que i) se ejecuten contra la población civil y ii) en el marco de un ataque generalizado o sistemático.
2. Las ejecuciones extrajudiciales o también llamados coloquialmente *falsos positivos* se trataron de ataques dirigidos a la población civil provenientes de miembros de la fuerza pública quienes de manera generalizada ocasionaron la muerte de cientos de ciudadanos con el único fin de hacerlos pasar muertos en combate y así lograr prerrogativas con sus superiores. Se trató de un ataque generalizado y sistemático con antecedentes documentados desde décadas atrás y extendidos por todo el territorio nacional, pues muchas fueron las víctimas de este flagelo que atacó el país.

²⁰ **Tesis que se aplicó al caso:** No. Para que pueda predicarse el delito de desaparición forzada, deben mediar la **privación material de libertad y el ocultamiento de la víctima**; ocultada esta, se requiere que el agente oculte igualmente el hecho y se niegue a brindar información sobre su paradero o realice otras maniobras para sustraerla del amparo de la ley. Sentencia unánime TAC del 27 de marzo de 2014, radicado 850013333002-2012-00051-01, ponente Néstor Trujillo González y sentencia dividida del 5 de junio de 2014, radicado 850013333001-2012-00033-02, mismo ponente, con salvamento de voto del magistrado Héctor Alonso Ángel Ángel. Ver también sentencia del 17 de julio de 2014, radicado 850013333703-2012-00084-01, ponente Néstor Trujillo González. **Nota de relatoría: posición modificada en acatamiento a fallo constitucional** del Consejo de Estado, Sección Quinta en fallo constitucional del 12 de marzo de 2015, radicado 110010315000-2014-01352-01, ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez., con una modalidad de la teoría del daño al descubierto. Ver fallo TAC 23 de abril de 2015, Trujillo, radicación 850013333002-2012-00051-01.

²¹ **Tesis que se aplicó al caso:** No. La disposición legal interna, que no ha sido retirada del ordenamiento por su juez natural, somete a plazo perentorio el contencioso de reparación por la muerte de una persona, atribuida al Estado; para predicar que se ha incurrido en **delito de lesa humanidad** deben identificarse y probarse *hechos constitutivos* de la **actuación masiva o sistemática contra la población civil**. La ley colombiana, por lo demás, excluyó la caducidad únicamente para los eventos de *desaparición forzada*. Se aclara igualmente que la aplicación específica del Derecho Convencional y de los principios *pro damato* y *pro actione* que esta Corporación reivindica con frecuencia justifica que se *admíta* la demanda en casos dudosos, en los que a primera vista **pareciera configurarse caducidad**, será en el curso del debate donde y cuando deban clarificarse los hechos; constatarse los elementos fácticos constitutivos de la realidad que se inserta en las premisas dogmáticas del delito de lesa humanidad, cuya prédica no es abstracta ni meramente retórica, de manera que al proferirse el fallo se reabrirá el examen acerca de la oportunidad de la acción, antes de abordar constatación del daño y la imputación fáctica propiamente dicha. TAC, sentencia del 21 de marzo de 2014, radicado 850013333002-2012-00051-01, ponente Néstor Trujillo González; sentencia dividida del 5 de junio de 2014, radicado 850013333001-2012-00033-02 del mismo ponente. **Nota de relatoría: posición modificada en acatamiento a fallo constitucional** del Consejo de Estado, Sección Quinta en fallo constitucional del 12 de marzo de 2015, radicado 110010315000-2014-01352-01, ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez., con una modalidad de la teoría del daño al descubierto. Ver fallo TAC 23 de abril de 2015, Trujillo, radicación 850013333002-2012-00051-01.



3. Se presentó un homicidio en persona protegida, crimen considerado como de lesa humanidad, ya que se trató de un civil sin antecedentes penales, sin historial delictivo; no hay informes que lo vinculen con alguna actividad ilícita, actos que concuerdan con los muchos otros casos de ejecuciones extrajudiciales, generalizados y sistemáticos planeados por algunos miembros de la fuerza pública, quienes a costa de la población civil buscaban obtener beneficios derivados de los supuestos resultados de operaciones.

REF.: REPARACIÓN. Fallo. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN. CIERRE AUTORIZADO DE VÍAS PÚBLICAS. DEBER DE VIGILANCIA: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO. No se suplen con expedición de actos administrativos de autorización. Accidente de tránsito: muerte de conductor de motocicleta. Fallo estimatorio.

Nº de Radicación	850013333002-2013-00056-01
Medio de Control	REPARACION DIRECTA
Demandante	MILDRED PATIÑO, KEVIN STIVEN PINZÓN PATIÑO Y SIRLI YULIED PINZÓN PATIÑO
Demandado	MUNICIPIO DE YOPAL
Fecha Providencia: trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES:

El 18 de enero de 2011 ocurrió un accidente de tránsito en la calle 30 con carrera 24 del municipio de Yopal, en inmediaciones del centro comercial Alcaraván; estuvieron involucrados una motocicleta cuyo conductor falleció y un automotor particular.

Previamente un empresario particular obtuvo permiso de la municipalidad para *cerrar temporalmente* la vía por requerimientos técnicos de las obras de construcción de ese complejo comercial. Yopal le asignó específicas obligaciones preventivas, de señalización en todo el tramo cerrado, las cuales el constructor ejecutó parcialmente. El accidente ocurrió porque tanto el motociclista como el vehículo privado ingresaron a la zona intervenida por los trabajos particulares, los cuales determinaron que se circulara en contraflujo; allí las maniobras en la estrecha calzada condujeron a colisión y como resultado final, a la muerte del primero como consecuencia de los traumas que sufrió.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Corresponde al juez vincular oficiosamente al proceso de reparación directa al empresario que obtuvo los permisos para cierre de una vía y omitió parcialmente el deber de señalizar el tramo afectado en el que ocurrió un accidente de tránsito por cuyas consecuencias de demanda?

DESCRITORES	RESTRICTORES
<i>Aspectos procesales</i>	Accidente de tránsito Propietario de obras Vinculación oficiosa
<i>Accidente de tránsito</i>	Propietario de obras Vinculación oficiosa Omisión señalización



TESIS: No. Si por un hecho lesivo pudiera convocarse por pasiva a varios presuntos obligados, salvo litis consorcio necesario que no se vislumbra, la relación substancial de cada uno puede decidirse individualmente entre quienes por voluntad de las partes han comparecido al proceso.

ARGUMENTOS:

1. Se trata de un evento de simple solidaridad, en el que el demandante puede escoger a quién demanda. Esa potestad tiene consecuencias para toda la conducción del proceso y puede también tenerlas respecto del fallo cuando deban determinarse responsabilidades por eventuales causas concurrentes.
2. Si el demandado considera a su vez que otros ausentes deben concurrir a responder, o desplazarlo en la responsabilidad, tiene a su disposición los institutos procesales para vinculación de terceros (llamar en garantía o denunciar el pleito). Es también su opción y ha de estarse a los efectos de la posición que adopte.
3. Luego no es el juez quien deba escoger a quién se demanda ni a quién se llama como tercero, salvo litisconsorcio necesario. Menos el de segunda instancia el que para disponer tal vinculación tenga que anular una sentencia proferida en proceso legalmente tramitado, para forzar así el resultado substancial. Ni existe tal causal de nulidad en el ordenamiento; ni constituye remedio a la eventual eximente de concausa atribuible al tercero traerlo oficiosamente a última hora. De encontrarse probada, sin estar demandado el tercero corresponsable, lo que opera es *reducción* de la indemnización; nada más.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Cuál es el título de imputación que procede cuando se atribuye responsabilidad al ente territorial por omisión de deberes de vigilancia de trabajos autorizados en las vías públicas?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Responsabilidad extracontractual</i>	Violación deber de garante Omisión particular de señalización Vías urbanas
<i>Responsabilidad por omisión</i>	Violación deber de garante Omisión particular de señalización Vías urbanas

TESIS: Acorde con la línea horizontal constante, uniforme con la del superior funcional, la Administración tiene deberes de garante respecto del uso seguro de las vías públicas de su jurisdicción y a su cuidado. La pretermisión de dichos deberes da lugar a responsabilidad por **falla del servicio por omisión**; no por los trabajos que en ella haya autorizado ejecutar, sino por no hacer cumplir las obligaciones de prevención de quien los ejecuta.

ARGUMENTOS:

1. La prédica de los deberes de garantía de los municipios con relación al uso seguro de las vías públicas urbanas y rurales terciarias está directamente fundadas en cánones constitucionales y en la legislación que se ocupa de la *misión* general de esos entes territoriales, a los que corresponde *garantizar* las condiciones adecuadas para el bienestar de los habitantes de su territorio, dentro de los límites y con los recursos que el ordenamiento les asigna. Al respecto, este Tribunal ha dicho: “(...) no cabe duda sobre la concurrencia de los poderes de disposición y de



los deberes de conservación de la malla vial urbana en cabeza de la municipalidad. Todo lo que acontezca en ella, que deba y pueda ser prevenido, evitado o contenido por la acción oportuna de las autoridades locales, le será imputable, cuando quiera que la causa del daño pueda atribuirse a un defectuoso funcionamiento o a la ausencia de las atribuciones de policía administrativa de la que están investidos los servidores públicos de ese nivel, o cuando obedezca a fallas de los servicios públicos a su cargo; (...) cabe predicar que resulta irrelevante si fueron trabajadores del municipio, contratistas suyos o particulares, quienes dejaron residuos o materiales o escombros en la vía pública; en todos los casos era exigible a la municipalidad hacerlos retirar o retirarlos y, cuando menos, en el entretanto, adoptar medidas de prevención para alertar a los usuarios de las vías sobre el riesgo, e incluso propender por barreras adecuadas para forzar la circulación por áreas seguras”²²

2. Aunque usualmente la imputación surge de *trabajos públicos*, esto es, de los que la Administración ejecuta con sus propios medios o encomienda a contratistas que actúan en su nombre, no es la única hipótesis en que se compromete la responsabilidad de los municipios por *omisión* de los deberes de vigilancia de lo que ocurra en las vías de su jurisdicción y a su cuidado. Simplemente cuando median obras estatales es más fácil estructurar el cargo: probada la naturaleza de esa intervención en la malla vial o carreteras terciarias, fluye la imputación por el régimen objetivo, lo que en manera alguna impide que imputada *omisión* de los deberes de vigilancia haya lugar a derivar la responsabilidad en la senda común de la *falla del servicio*, si se demuestra nexo causal entre la conducta omisiva, el hecho lesivo y el daño.
3. Lo que se dijo con anterioridad por el Tribunal acerca de *licencias de construcción* y prevención de riesgo por redes eléctricas²³ puede predicarse por exactamente las mismas razones dogmáticas de otros eventos en que la *actividad legítima autorizada a un particular entraña riesgos previsibles y evitables*: la Administración *tiene que vigilar* su ejecución, ejercer policía administrativa, control y desplegar poderes correctivos, siempre en procura de la *seguridad de los habitantes del territorio*; tales permisos no se idearon simplemente para *recaudar fondos* ni para producir multas con objetivos fiscalistas, pues la finalidad de esos deberes de garante no es rentístico, sino la preservación de derechos colectivos y su concreción en titulares particulares, en cuanto esté al alcance de las autoridades.
4. Pedir y obtener el permiso es *el primer paso*, para luego dar *aviso a la autoridad de tránsito*, a la que corresponde *constatar que las medidas preventivas son idóneas para mitigar riesgo*. Luego el *acto administrativo de autorización* jamás agotará las obligaciones de garante propias de las autoridades; están ahí para *cumplir y hacer cumplir el ordenamiento*, actuando con diligencia y sentido común. No solo para recaudar tasas por las licencias, ni para acumular archivo documental.
5. Desde luego lo que se expresa y acoge la mayoría en esta decisión no puede llevarse a extremos, tales como atribuir como efectos que el Estado tenga que responder *por todo lo que haga un titular de licencia*

²² Apertura de ese marco abstracto en TAC, sentencia del 3 de agosto de 2006, Néstor Trujillo González, expediente 2004-01329-00. Expresa reiteración en fallo del 18 de octubre de 2007, radicación 850012331001-2004-02198-01 (2007-051). En fallo desestimatorio del 11 de agosto de 2011, radicación 850013331002-2008-00231-01, sin abandonar el postulado dogmático a cuyas fuentes normativas aludí expresamente, la Sala precisó que debía demostrarse el *nexo causal* entre la omisión de la autoridad y el daño, lo que entonces no ocurrió. PRECEDENTES

²³ “La expedición de una licencia de construcción no es simple ritual documental, ni un arbitrio rentístico; la autoridad que la expide tiene deberes de verificación previa y de control posterior, para garantizar que esas actividades sometidas a control estatal se ejecuten adecuadamente”. TAC, fallo del 12 de diciembre de 2013, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850012331002-2011-00008-00.



de conducción; o por el uso que dé al arma quien reciba permiso para portarla o tenerla²⁴. No hay tal: hecha la debida composición de lugar, con rigor lógico y argumentativo, *hacer el hueco en la vía* o su *cierre temporal*, equivale a la actividad de conducir el automotor o de disparar el arma; no es eso lo que este fallo imputa al ente territorial. *Es omitir deberes de garante*, de *vigilar* la cumplida ejecución de las medidas preventivas impuestas al empresario particular, en cuanto para ello hubo *tiempo* por haberse concedido el permiso con antelación suficiente para verificar qué se hizo y qué se omitió.

PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Debe la Administración responder por la totalidad del daño antijurídico derivado del hecho lesivo directamente imputado a un tercero no vinculado al proceso, cuando se la encuentra responsable de haber omitido deberes de prevención que habrían podido evitar su ocurrencia?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Responsabilidad por omisión</i>	Concurrencia de causas Violación deber de garante Omisión particular de señalización
<i>Responsabilidad por omisión</i>	Omisión particular de señalización Vías urbanas Concurrencia de causas

TESIS: No. Se trata de una hipótesis de *concurrencia de causas*, pues si el hecho lesivo acontece por la actividad propia del tercero pero era previsible y evitable con la vigilancia administrativa omitida, se estructura evento multicausal: sin lo primero nada habría pasado; sin lo segundo, la adversidad de lo primero no se habría consumado. Luego en ausencia del tercero, habrá lugar a reducir la condena, acorde con la equitativa asignación de proporciones a cada causa.

ARGUMENTOS:

1. El marco teórico de la concurrencia de causas como *atenuante* de la responsabilidad pública no ofrece dificultades. Lo aplica la Sala pacíficamente²⁵, pues pocas veces un accidente de tránsito obedece a una sola causa; basta citar la solución reiterada conforme al art. 2357 del Código Civil, con el siguiente extracto: “[...] La Sección ha sostenido que el comportamiento de la víctima que habilita al juzgador para **reducir el quantum indemnizatorio** es aquel que contribuye, de manera cierta y eficaz, en la producción del hecho dañino, es decir, es el que se da cuando la conducta de la persona agraviada participa en el desenlace del resultado, habida consideración de que contribuyó realmente a la causación de su propio daño. En esa medida, la reducción del daño resarcible, con fundamento en el concurso del hecho de la víctima, responde a una razón de ser específica: **la víctima contribuyó realmente a la causación de su propio daño, caso en el cual**

²⁴ Ni siquiera en tales hipótesis es admisible una regla abstracta de exoneración de responsabilidad. ¿Qué ocurre si el Estado da licencia de conducción a quien carezca de aptitudes psicofísicas y entrenamiento para operar el vehículo? ¿Si otorga permiso para usar armas a un reconocido y previsible psicópata; si omite los filtros y licencia esos artefactos a un avezado delincuente? Y en otro contexto, ¿si un conductor embriagado supera *retenes* de autoridades de tránsito a lo largo de la ruta, por ejemplo *pagando coimas* y causa un accidente por estar embriagado; si el titular del permiso que porta el arma se encuentra alicorado en lugar público u ostensiblemente alterado, amenazante, sin que la autoridad policiva advertida adopte las cautelas propias del servicio? No se imputará haber herido o matado; sino haber omitido el deber preventivo de evitarlo, siendo enteramente posible. He ahí el riesgo de juzgamiento de *pregonar verdades absolutas* teóricas, cuando la compleja realidad tiene tantos matices.

²⁵ TAC, sentencia del 25 de septiembre de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331701-2012-00007-01.



*esa parte del perjuicio no deviene antijurídico y, por ende, no tiene la virtud de imputarse al patrimonio de quien se califica responsable.*²⁶

2. Pedir y obtener el permiso es *el primer paso*, para luego dar *aviso a la autoridad de tránsito*, a la que corresponde *constatar que las medidas preventivas son idóneas para mitigar riesgo*. Luego el *acto administrativo de autorización* jamás agotará las obligaciones de garante propias de las autoridades; están ahí para *cumplir y hacer cumplir el ordenamiento*, actuando con diligencia y sentido común. No solo para recaudar tasas por las licencias, ni para acumular archivo documental.
3. Hecha la debida composición de lugar, con rigor lógico y argumentativo, *hacer el hueco en la vía* o su *cierre temporal* [sin adecuadas medidas de señalización, omisión imputada directamente al tercero privado ausente del proceso] equivale a la actividad de conducir el automotor o de disparar el arma; no es eso lo que este fallo imputa al ente territorial. *Es omitir deberes de garante*, de *vigilar* la cumplida ejecución de las medidas preventivas impuestas al empresario particular, en cuanto para ello hubo *tiempo* por haberse concedido el permiso con antelación suficiente para verificar qué se hizo y qué se omitió.

Salvamento parcial de voto: Magistrado José Antonio Figueroa Burbano

TESIS: No. Exigirle al municipio de Yopal que verificara el cumplimiento efectivo de lo ordenado a la empresa de derecho privado frente al cierre de la vía e instalación temporal de los dispositivos y señales preventivas, se sale de todo contexto jurídico, pues ello va en contra vía de los principios de buena fe y confianza legítima; sería tanto como responsabilizar a una Secretaría de Tránsito por el hecho de otorgar una licencia de conducción cuando el conductor no respeta las señales de tránsito.

ARGUMENTOS:

1. No hay responsabilidad del municipio de Yopal en la muerte del señor Pinzón Godoy, pues ante la solicitud hecha por el *centro comercial El Alcaraván*, autorizó el cierre de la vía, ordenándole que instalara temporalmente los dispositivos y señales preventivas con el objeto de advertir los riesgos tanto para el usuario de la vía y peatones como para el personal que desarrolla las actividades de construcción.
2. La Ley 769 de 2002 en su art. 101 prevé lo relacionado con trabajos eventuales en la vía pública. De acuerdo con dicha norma, el *centro comercial El Alcaraván* solicitó a la autoridad competente la autorización para cerrar la vía; dicha autorización fue concedida y era esta persona de derecho privado

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil doce (2012), radicación número: 76001-23-31-000-1999-00096-01(24445).



la que tenía el deber de hacer las señalizaciones correspondientes y de responder por la omisiones de cumplimiento de ese deber.

POPULAR

Ref.: POPULAR. Auto. Relleno sanitario Macondo. Agotamiento de jurisdicción. Nulidad procesal nueva actuación popular. Aplicación de línea de unificación. Coadyuvancia de nuevo actor popular. Legitimación por pasiva: coincidencia de un solo demandado no excluye la identidad de partes, si hay identidad de objeto litigioso. Desgaste de la Administración de Justicia. Prevalencia de los principios de celeridad y economía procesal.

Nº de Radicación	850012333001-2013-00144-00 y 850013333002-2014-00141-00
Medio de Control	POPULAR
Demandante	Procuradora 23 Judicial II Ambiental y Agraria
Demandado	EAAAY E.S.P., ACUATODOS E.S.P., Yopal, Casanare y Corporinoquia
Vinculados	MAVDT, DNP y 13 Municipios
Coadyuvantes:	CATALINA BALLESTEROS y otros
Fecha Providencia: seis (6) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES:

El Tribunal Administrativo de Casanare tramita el proceso popular **2013-00144-00** que pretende garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de aseo y remediar la contaminación que resultare por la finalización de la vida útil del relleno sanitario Macondo; se encuentra en periodo probatorio. En el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal cursaba popular con radicado **2014-00141-00**; allí se deprecia que la operatividad del relleno sanitario Macondo se garantice por 3 años más y se alude al malestar causado por los malos olores que generan contaminación y afectan a los ciudadanos residentes alrededor; solicitan que se ordene al municipio de Yopal que se inicie un estudio previo y contratación para nuevo relleno sanitario y que se adecue el de Macondo con el fin de garantizar los derechos colectivos.

Se remitió el expediente al Tribunal Administrativo de Casanare para decidir acerca de la posible acumulación aludida por la Procuraduría 23 Judicial II Ambiental y Agraria del proceso con radicado 2014-00141 al popular con radicado 2013-00144 en donde actúa como demandante.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Procede la acumulación de dos procesos populares en trámite con identidad de objeto y causa en los que se solicita la protección de derechos colectivos relacionados con la operatividad del relleno sanitario *Macondo* de Yopal?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Aspectos procesales	Acción popular Agotamiento de jurisdicción Acumulación de procesos



<i>Agotamiento de jurisdicción</i>	Acción popular Nueva demanda Coadyuvantes
------------------------------------	---

TESIS: No, de conformidad con decisión de unificación proferida por el Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa el 11 de septiembre de 2012²⁷, en dichos eventos con apoyo en los principios de economía, de celeridad y de eficacia que rigen la función judicial, y que por expresa disposición del artículo 5° de la Ley 472 de 1998 deben orientar el trámite de las acciones populares, lo que procede es dar aplicación a la figura del **agotamiento de jurisdicción**.

ARGUMENTOS:

1. Unificada así la posición de la jurisdicción, para efectos de dar cumplimiento a los principios de celeridad, eficacia y de economía procesal no es dable nivelar en aspectos enteramente procesales al nuevo proceso con el antiguo, de manera que la salida procedente para este tipo de situaciones es la de declarar la nulidad de todo lo actuado en el nuevo contencioso popular y dejar al nuevo demandante como un coadyuvante dentro del proceso más antiguo, siempre que no haya sido fallado mediante sentencia en firme, en virtud de las restricciones de cosa juzgada, salvo que se trate de su intervención orientada a perseguir cumplimiento de decisión estimatoria. En los demás casos, en cualquier etapa procesal anterior a la sentencia que ponga fin, tiene la opción de intervenir en el estado en que se encuentre.
2. Se tiene entonces, conforme con los lineamientos trazados por la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, que la demanda que dio lugar a la apertura del proceso más antiguo ya agotó la jurisdicción, pues es notoriamente manifiesto el avance procesal que allí acontece, pues de acuerdo a lo visto se encuentra en período probatorio y abarca integralmente toda la problemática objeto de estudio.
3. Sin embargo, la determinación que adopta la Sala en este pronunciamiento no es óbice para que, de acuerdo con las directrices del artículo 24 de la Ley 472 de 1998, si le asiste interés a los actores populares de la nueva demanda, contribuyan como COADYUVANTES a la protección de los derechos colectivos invocados por quien primero interpuso la acción popular con el mismo objeto.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Ref.: Fallo. NRD. NIVELACIÓN SALARIAL. COMPARACIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES. TÉCNICO SECRETARÍA DE SALUD DE CASANARE. INEXISTENCIA DE DIFERENCIACIÓN RELEVANTE DE FUNCIONES QUE JUSTIFIQUE LA DESIGUALDAD SALARIAL. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL “A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL”. LA DISCRIMINACIÓN NO ES OBJETIVA, JUSTIFICADA NI RAZONABLE. APLICACIÓN DEL TEST DE PONDERACIÓN: JUICIO DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

²⁷ Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia, radicado: 41001-33-31-004-2009-00030-01(AP) REV.



Nº de Radicación	850013333002-2013-00132-01
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	ALONSO BARRERA
Demandado	DEPARTAMENTO DE CASANARE
Fecha Providencia: trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES:

Se discute la nivelación salarial de un técnico que labora en la Secretaría de Salud del departamento de Casanare respecto de otro cargo existente en la administración departamental con igual código y diferente grado; se controvierte la identidad substancial de funciones de los dos empleos. El actor menciona que ejerce las mismas funciones que desempeña un técnico del área de la salud código 323 grado 3, razón por la cual tiene derecho a todas las prerrogativas de dicho grado, ya que según la escala salarial del departamento existe una notoria diferencia entre el grado 1 y el 3 afectando el derecho constitucional a la igualdad.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Procede el reconocimiento de nivelación de la asignación devengada conforme a la escala salarial de la nomenclatura del empleo, para igualarla a la que se fija para otro empleo de diferente nomenclatura, cuando el perfil y las funciones de los cargos comparables son sustancialmente similares?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Nivelación salarial</i>	Comparación funciones esenciales Inexistencia diferenciación relevante Técnicos área salud Casanare
<i>Principio de igualdad</i>	Trabajo igual salario igual Comparación funciones esenciales Inexistencia diferenciación relevante

TESIS: Sí. Pese a que aparentemente puedan identificarse diferencias en las funciones de cada uno de los cargos objeto de comparación, dicho margen de diferenciación a la luz del *test de ponderación* debe ser lo suficientemente *justificado, objetivo y razonable* para soportar la desigualdad salarial; de lo contrario, habrá que concluirse que de un *rol común* sin diferencias funcionales trascendentes no puede derivarse tratamiento salarial distinto, pues deberá aplicarse el principio “a trabajo igual, salario igual”.

ARGUMENTOS:

1. El Tribunal se ha pronunciado en ocasiones anteriores respecto de los alcances del principio “a trabajo igual salario igual”; esta problemática fue examinada en sentencia fundante del 21 de septiembre de 2006²⁸, en

²⁸ Sentencia del 21 de septiembre de 2006, expediente 2003-01218-00, ponente Néstor Trujillo González. El mismo marco dogmático se desarrolló en sentencias posteriores, así: 2003-01193-00 y 2003-01284-00 del 28 de septiembre de 2006; 2003-01199-00 y 2003-01290-00 del 12 de octubre de 2006 entre otras del mismo ponente. PRECEDENTES



la cual se fijó el marco conceptual, así: “La Carta Constitucional tiene dispuesto en su art. 13 el principio conforme al cual, debe darse trato igual a quienes se encuentran en condiciones semejantes, sin perjuicio de las acciones afirmativas que concitan al Estado a remover desigualdades de origen (...). Por ello también se ha establecido que en los casos en que se indaga si el tratamiento diferente se ajusta a la Constitución, deben correrse los **test de ponderación** que utiliza la Corte para establecer si la discriminación existe; si es necesaria; si sirve adecuadamente a un propósito constitucionalmente valioso y si es proporcionada, metodología que sigue de cerca el discurso de Alexy sobre las técnicas de ponderación de derechos humanos que entran en tensión jurídica”.

2. Para determinar si las funciones desempeñadas por los cargos objeto de comparación son sustancialmente diferentes, que ameriten un tratamiento salarial distinto, a la luz del *test de ponderación* habrá que llevarse a cabo un juicio en términos de *idoneidad, necesidad y proporcionalidad* que permita establecer si existe un margen de diferenciación relevante y lo suficientemente *justificado, objetivo y razonable*, como fundamento de la desigualdad salarial.
3. No se puede dar un trato discriminatorio entre trabajadores que, cumpliendo una misma labor con las mismas responsabilidades, sean destinatarios de remuneración diferente. Así las cosas surge como factible la perspectiva de salarios distintos siempre y cuando la diferenciación sea razonable (cantidad y calidad del trabajo, art. 53 C.P.), y sea objetiva y rigurosamente probada por el empleador. Sin embargo, el principio de **igualdad** ante la ley no es de carácter absoluto, pues no concede un derecho a ser equiparado de forma caprichosa, sino más bien a exigir que la ley no haga diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas.
4. Así se lograra constatar que *documentalmente*, en los actos administrativos que fijan las funciones y requisitos de los empleos, existen labores diferenciadas para cada uno de los cargos, que aparentemente justifiquen la desigualdad salarial, las particularidades de cada caso pueden dar lugar a que se acuda al principio de *primacía de la realidad sobre las formalidades*, cuando resulte probado que en la práctica las tareas desempeñadas en el empleo son sustancialmente iguales a las que se desarrollan por aquel que se pretende homologar.
5. Lo lógico y natural que se deriva de un rol común desempeñado por dos o más cargos lo será que en la *realidad* las funciones sean las mismas, independientemente si son generales o específicas, operativas o de producción intelectual; para esta oportunidad, los dos cargos objeto del presente litigio poseen tanto de unas como de las otras.

Ref.: Autos. NRD. AUDIENCIA INICIAL. Decisión de excepciones previas y de mérito de pronunciamiento previo: declaración de oficio de ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse demandado los actos administrativos por los cuales se reconoció pensión gracia y reliquidación pensional.

Recientemente, pero con otras aristas fácticas se han discutido en línea reiterativa desestimatoria asuntos en los que el empleo con remuneración superior para la comparación se sustenta en la preservación de los beneficios que le fueron conferidos al titular en virtud de la reincorporación por supresión de un cargo de carrera, lo que excluye la escueta similitud de funciones. La apertura en ese sentido se hizo en fallo TAC del 19 de septiembre de 2013, expediente 850013331702-2012-00018-01, ponente Carlos Alberto Hernández, con aclaración de voto del magistrado Néstor Trujillo González.



Nº de Radicación	850013333002-2013-00358-01
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	FLOR MARINA GONZÁLEZ DE SÁNCHEZ
Demandado	UGPP - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – CONSORCIO SAYP.
Fecha Providencia: veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES:

Se trata de la apelación propuesta por la parte actora contra el auto proferido dentro de la audiencia inicial en virtud del cual oficiosamente el juez de primera instancia declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse demandado los actos administrativos que reconocieron y reliquidaron la pensión gracia de la demandante en los que a su juicio se encontraba la orden de descontar los respectivos aportes con destino al SSS en salud.

El actor pretende la nulidad de los oficios por los cuales la UGPP y el Consorcio SAYP resolvieron adversamente la solicitud de devolución del descuento del 12% con destino a seguridad social en salud aplicado a pensión gracia y a título de restablecimiento del derecho; solicita que se condene a reintegrar dichos montos de manera indexada junto con los intereses de mora.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Se configura ineptitud sustantiva de la demanda en la que se pretende la nulidad de las comunicaciones oficiales que resolvieron adversamente la solicitud de devolución de descuentos con destino a seguridad social en salud aplicados a pensión gracia, por no haberse acusado los actos de reconocimiento de la pensión y de su posterior reliquidación?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Aspectos procesales</i>	Inepta demanda Integración acto acusado Descuentos pensión gracia
<i>Pensión gracia</i>	Descuentos en salud Inepta demanda Integración acto acusado

TESIS: No. No se vislumbra causal alguna que pudiera invalidar el trámite procesal, pues la solicitud expresa de **cesar** los descuentos en salud dio paso a un pronunciamiento de la Administración, pese a que no fue la UGPP quien en principio resolvió el asunto de fondo, ya que quien supone tener competencia para resolver el conflicto, consorcio SAYP, despachó adversamente la solicitud y ya con ello se agotaron los requisitos necesarios en sede administrativa para acudir ante el juez.

ARGUMENTOS:

1. En ocasión precedente se estudió lo relativo a demandar la orden que afecta la pensión gracia con el descuento para salud; se consideró que si existe solicitud expresa para que cesen dichos descuentos y con



ella se agota la vía gubernativa, no era necesario someter a juicio los actos primigenios que reconocieron la pensión y que ordenaron afectarla: “Descartado sistemáticamente por la Sala que sea forzoso demandar el acto administrativo de CAJANAL EICE que ordenó afectar la pensión de gracia con el descuento para salud (aunque no contraría la técnica procesal y sea deseable hacerlo), si ha mediado expresa solicitud de cesar descuentos para agotar vía gubernativa, es infundado rechazar la demanda porque no se haya identificado el origen de dicha orden”²⁹.

2. Para la Sala entonces resulta infundado el argumento del a – que por el cual se dio por terminado el proceso por considerar que sea forzoso demandar los actos administrativos que al otorgar la pensión y reliquidarla, introdujeron en el pasado la orden de descuento; lo que la demanda pretende ahora es *hacer cesar los efectos* de esa determinación, esto es, que *cambie* su situación administrativa. Obtuvo respuesta negativa y la atacó por estimarla ilegal.

3. La teoría de caso de quien demanda no puede variarse oficiosamente por el juez; será en fallo donde se analice sistemáticamente la procedencia del descuento y en el hipotético caso de encontrarse contrario al ordenamiento, será la orden del juez la que distribuya las cargas y responsabilidades entre quienes estén en capacidad de cesar los descuentos y atender reembolsos de lo que no haya prescrito.

Fallo. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: Pensiones. RESTRICTORES: (1) Pensión de vejez. (2) Sector salud territorial (3) IBL. ASUNTO LITIGIOSO (palabras clave): PENSIÓN DE VEJEZ: Profesional área de la salud. PENSIÓN ORDINARIA LEY 33 DE 1985: INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC) E INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN (IBL). RÉGIMEN DE TRANSICIÓN LEY 33: ENUMERACIÓN ENUNCIATIVA. SE INCLUYEN TODOS LOS FACTORES CONSTITUTIVOS DE SALARIO. EFECTOS DE LA SENTENCIA C-258 de 2013, no son aplicables a los regímenes especiales de pensión de los cuales no se ocupó la Corte. REITERACIÓN.

Nº de Radicación	850013333002-2013-00271-01
Medio de Control	NULIDAD RESTABLECIMIENTO
Demandante	ALFONSO ANZOLA TORRES
Demandado	CAJANAL EN LIQUIDACIÓN - UGPP (SUCEOR PROCESAL
Fecha Providencia: veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES:

Se controvierten los factores de liquidación de una pensión de vejez reconocida por CAJANAL –en liquidación–; promueve la alzada la parte demandada. El demandante laboró al servicio del Estado desde el 17 de julio de 1968 hasta el 13 de agosto de 2009, para un total de 2.029,86 semanas cotizadas. El último cargo que desempeñó fue el de jefe de la Oficina de Asuntos Internos en CAPRESOCA EPS.

CAJANAL –en liquidación– le reconoció pensión de vejez con fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, liquidó la pensión con el 75% de lo devengado sobre el salario promedio de 7 años 9 días y tuvo en cuenta como factores salariales la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

²⁹ TAC, auto colegiado del 29 de mayo de 2014, radicado: 850013333001-2013-00324-01, ponente: Néstor Trujillo González.



Posteriormente reliquidó la pensión del actor teniendo en cuenta como factores salariales la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y prima técnica, pero omitió los demás.

REITERACIÓN:

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Es jurídicamente viable incluir en la reliquidación de una pensión de vejez, reconocida con fundamento en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **todos los factores salariales** devengados en el año que antecedió a la causación del derecho?³⁰

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿En virtud del principio de sostenibilidad del sistema general de pensiones, deben aplicarse los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, respecto de la simetría que debe existir entre el IBC y el IBL, a la **pensión ordinaria de vejez** reconocida al demandante, quien no fue beneficiario del régimen de congresistas?³¹

Ref.: NRD. Fallo. Actos precontractuales (adjudicación de contrato y nulidad del contrato celebrado). FACULTADES DE REPRESENTACIÓN DEL SUPLENTE DEL GERENTE. AUSENCIA OCASIONAL DEL PRINCIPAL: NO REQUIERE PRUEBA. ATAQUE AL CONTRATO ADJUDICADO: NULIDAD POR PRESUNTA ADJUDICACIÓN IRREGULAR. GLOSAS A LA PROPUESTA FAVORECIDA. PRETENSIONES PATRIMONIALES DEL PROPONENTE VENCIDO: DEMOSTRACIÓN DE HABER OFRECIDO LA MEJOR PROPUESTA. CALIFICACIÓN TÉCNICA (FACTORES DE EVALUACIÓN). Carga de prueba. Arancel judicial. Disposiciones en fallo: devolución parcial por prosperidad de pretensiones.

Nº de Radicación	850012333002-2013-00232-00
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	COMPANY SERVICE FOOD S.A.S.
Demandado	YOPAL
Fecha Providencia: veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014).	

ANTECEDENTES:

Se controvierten el acto de adjudicación de una licitación y el contrato consecuencial, por presunto desconocimiento de las reglas del proceso de selección en perjuicio del demandante, un proponente vencido.

³⁰ Tesis: Sí, se acogió la sentencia de unificación (C.E, Pleno de Sección 2ª, sentencia del 4 de agosto de 2010, V. H. Alvarado, radicado 250002325000200607509-01 (interno 0112-2009). Se trató de la reliquidación de una pensión acorde con el art. 10 del Decreto 1160 de 1989. Salvó voto el consejero G. Arenas). El IBL debe incluir todos los factores constitutivos de salario que el demandante devengó durante el año que antecedió a la causación del derecho a la pensión ordinaria por vejez; o a la reliquidación de la misma, según el caso. El mismo componente dogmático se desarrolla en sentencias del 16 de diciembre de 2013, ponente Néstor Trujillo González, radicados: 850012333002-2012-00099-01 y 850012333002-2012-00071-01; del 20 de febrero de 2014 del mismo ponente con radicado: 850013333001-2012-00100-01; del 15 de mayo de 2014, radicado 85001-2331-002-2012-000141-00 y del 23 de octubre de 2014 radicado: 850013333001-2013-00118-01 (2014-00152). EN EL MISMO SENTIDO: sentencia del 27 de noviembre de 2014, radicado 850013333001-2013-00221-01 (2014-00149), ponente Néstor Trujillo González.

³¹ Tesis: No. La propia Corte precisó en su *ratio decidendi* que dicho fallo no define por sí mismo el tratamiento de todos los sistemas especiales de pensión. Ver sentencias del 20 de febrero y 15 de mayo de 2014, radicados: 850013333001-2012-00100-01 y 85001-2331-002-2012-000141-00. Ver igualmente fallo del 24 de abril de 2014, radicación 850013333002-2012-00002-01 (2013-505); caso pensión docente; se examinó el alcance de la sentencia T-892 de 2013. En idéntico sentido, fallo del 23 de octubre de 2014, radicación 850013333001-2013-00040-01 (2014-144); en todas las anteriores, ponente Néstor Trujillo González. EN EL MISMO SENTIDO: sentencia del 27 de noviembre de 2014, radicado 850013333001-2013-00221-01 (2014-00149), ponente Néstor Trujillo González.



Se llevó a cabo licitación pública por el municipio de Yopal con el objeto de celebrar contrato de suministro de complementos nutricionales tipo almuerzo y tipo refrigerio para adultos, fue adjudicada al consorcio CONADE y dio lugar a la celebración del contrato 676 de 2013. COMPANY SERVICE FOOD S.A.S., proponente ahora demandante, presentó propuesta que fue rechazada; el 3 de abril de 2013 radicó escrito de observaciones, las cuales fueron estudiadas en la sesión de audiencia de adjudicación; igualmente, presentó otro memorial con glosas, el 4 de abril en la tarde, calificado como extemporáneo por el comité de evaluación y, en consecuencia, no le fue resuelto.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Procede el examen judicial de oficio de la propuesta escogida en proceso licitatorio para decidir las pretensiones de quien ataca el acto de adjudicación por considerar que era el mejor proponente?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Aspectos procesales</i>	Acto de adjudicación Concepto de violación Examen propuesta escogida
<i>Actuaciones contractuales</i>	Acto de adjudicación Concepto de violación Examen propuesta escogida

TESIS: No. Salvo hipótesis relativas a nulidad absoluta del contrato, que el juez puede controlar de oficio, los reparos del demandante contra otro proponente deben cumplir la carga de argumentación: expresar normas violadas, motivos concretos que imputa y concepto de violación.

ARGUMENTOS:

1. Corresponde a quien ataca un acto de adjudicación de contrato expresar claros y concretos los *motivos* que pudieran constituir causales de anulación del acto administrativo, esto es, ofrecer la identificación de *normas violadas* y *concepto de violación*, pues ellos delimitan el alcance del examen judicial³²; también es pertinente acotar que excepcionalmente el juez podrá *de oficio* extender su ponderación a las irregularidades que pudieran determinar la *nulidad absoluta del contrato*, si están presentes las partes que lo celebraron³³.
2. Encontrarse fundados cargos por infracción al ordenamiento en el proceso de selección del contratista, en perspectiva objetiva, puede conducir a la nulidad del acto de adjudicación como ya se expuso; pero no necesariamente a que se acojan las pretensiones del proponente vencido. Este

³² Ley 1437 (CPACA), art. 162-4.

³³ Ley 1437 art. 141; Ley 80 de 1993, art. 44.



además tiene que *probar su derecho*, esto es, que era la *mejor propuesta* ponderada acorde con las reglas de la licitación³⁴ y, si fuere el caso, el *daño* que aspira a que le repare.

3. Lo expuesto revela por qué la Sala contraerá el análisis a los *cargos* expresamente ofrecidos por la parte actora; valga decir, a lo que tiene que ver con la *capacidad jurídica* de la sociedad Company Service Food S.A.S. para obrar como proponente en este conflicto, así como a la *representación legal* en cabeza del gerente del suplente, vistas las particularidades del caso. En principio no le corresponde ocuparse de todas las aristas de los reparos que la actora hizo en el proceso de adjudicación y escuetamente en la demanda contra la propuesta del Consorcio Conade, pues ella no superó el *relato*, no ofreció la estructura de argumentación que exige el art. 162-4 de la Ley 1437 para abrir el debate ante el estrado en torno a dichos hipotéticos defectos.
4. Así se indica porque la parte actora además abandonó la exacta identificación y sustentación de las *causales de nulidad absoluta del contrato* (Ley 80, art. 44)³⁵. No propuso la discusión con la confrontación directa del negocio jurídico con el *ordenamiento*; sino la presunta vulneración del derecho subjetivo del demandante, esto es, de su vocación de convertirse en contratista por haber presentado la *mejor propuesta* acorde a las estipulaciones del pliego de condiciones. Y como dedujo que fue burlada, a que se le *repare* mediante la pertinente indemnización y las declaraciones consecuenciales, las cuales no siempre ni forzosamente pasan por la cuerda de anular el contrato las más de las veces ya ejecutado cuando se produzca fallo definitivo, aunque no se ignora que la causal 4ª del art. 44 de la Ley 80 presupone que si el acto de adjudicación se anula, también se quiebre el contrato.
5. Pese a ello esta sentencia explorará someramente la propuesta del Consorcio Conade para revisar la consistencia de las glosas que la Administración no estudió por presunta extemporaneidad; si el juez del contrato encuentra que efectivamente se adjudicó a quien careciera de capacidad jurídica para celebrarlo o no cumpliera los requerimientos técnicos para ser calificado, tendría que anularse la adjudicación y consecuentemente el contrato, en defensa objetiva del ordenamiento jurídico, cualquiera que tuviera que ser la suerte de las pretensiones del demandante. Nada más. Así lo definió la Sala en fallo reciente en el que examinó las consecuencias de quebrantarse el régimen

³⁴ Esa premisa de juzgamiento ha sido constante en la línea horizontal. Ver, entre otros fallos, los siguientes: del 3 de agosto del 2006, radicación 850012331002-2004-01201-00; aún más explícito del 22 de febrero del 2007, expediente 850012331002-2004-01300-00; del 31 de mayo de 2007, radicación 850012331002-2004-02181-00 y del 26 de enero de 2012, expediente 850013331-002-2009-00071-03. Ponencias del magistrado Néstor Trujillo González.

³⁵ Ley 80. **Artículo 44º.- De las Causales de Nulidad Absoluta.** Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.



de selección objetiva en una licitación y de adjudicar el contrato a quien no tenía derecho a obtenerlo³⁶.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Constituye causal de exclusión del proponente y, por ende, de nulidad de la adjudicación del contrato a quien no fue requerido para que subsanara, la omisión de precisión en la propuesta acerca de la futura organización del servicio por contratar?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Actuaciones contractuales</i>	Acto de adjudicación Pliego de condiciones Organización del contratista
<i>Actuaciones contractuales</i>	Pliego de condiciones Requisitos habilitantes Requerimiento al proponente

TESIS: No. Por tratarse de un requisito habilitante, al que no se otorgan puntos en la calificación de la propuesta, las imprecisiones o las omisiones deben ser objeto de requerimientos para subsanar; sin ellos, no hay lugar a descalificarla, menos a la nulidad absoluta del contrato adjudicado y celebrado.

ARGUMENTOS:

1. El pliego de condiciones efectivamente señaló que debían revelarse la *estructura organizacional de la empresa proponente* e igualmente la *estructura organizacional para desarrollar el objeto del contrato*, de manera que pudieran establecerse las condiciones del servicio y la forma de prestarlo (3.3.1.3 fol. 375 vuelta). En la propuesta del Consorcio Conade, en el anexo *organización* se acompañaron documentos de las *estructuras organizacionales de los integrantes del consorcio*, de manera que se cumple el primer extremo de este componente técnico. *Pero no se encuentra en la documentación del Consorcio Conade la estructura organizacional prevista para la ejecución del contrato.*
2. Acorde con las estipulaciones del pliego de condiciones el requisito aludido se ponderaba con “*cumple/no cumple*”, esto es, habilita técnicamente la propuesta o la descalifica, sin que por ello haya lugar a asignar puntos, por no hacer parte de la matriz de evaluación que se desarrolla a partir del Capítulo IV. La consecuencia de *omitir* cualquiera de los aspectos objeto de *verificación* lo era *no ser calificada*, esto es, exclusión del proceso *antes* de correr la matriz de evaluación para asignar puntos.

³⁶ TAC, sentencia del 25 de septiembre de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850012333002-2013-00221-00 (Maní contra sus propios actos). Como precedente con analogía fáctica muy cercana, puede verse el fallo del 26 de abril de 2012, del mismo ponente, radicación 150013133001-2002-01257-01, programa de descongestión de Boyacá (INVÍAS contra sus propios actos).



3. Conforme al ordenamiento superior, se tiene que el pliego de condiciones debe definir con precisión las *condiciones de participación* que habilitarán a los proponentes, las cuales deberán guardar coherencia con el objeto contractual y el valor, según criterios de *necesidad* (adecuación al caso) y de *proporcionalidad*³⁷; como no son susceptibles de *calificación para asignar puntos* y, por ende, determinar el orden de elegibles, *son subsanables* previo *requerimiento de la entidad convocante* y solo cuando, *siendo necesarios* los requisitos omitidos, *el proponente no atienda al deber de subsanar* habrá lugar a su exclusión³⁸.

4. Así delimitadas tanto las exigencias del pliego como las superiores del ordenamiento, puesto que Yopal debió considerar relevante para el *futuro control de la ejecución del contrato* conocer con exactitud la *organización prevista* por el proponente y por ello introdujo esa estipulación del pliego, constatado que el Consorcio Conade *no cumplió* con el segundo extremo aludido, *era su deber requerirlo* para que subsanara; y pudo hacerlo cuando menos [mientras] estaba en curso la audiencia de adjudicación y se lo había advertido expresamente el proponente ahora demandante. Esa doble omisión, del consorcio y de la Administración, puede ser jurídicamente relevante al valorar el escenario disciplinario; *pero no legitima descalificar al proponente que no fue requerido*. Menos da lugar a la anulación oficiosa del contrato por presunta adjudicación irregular. En últimas a través de la interventoría la autoridad *pudo y debió* constatar la adecuada organización del *contratista* para lograr que el contrato se ejecutara en debida forma.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿El proponente vencido que demuestre la irregularidad de la adjudicación de una licitación podrá sacar avante la pretensión resarcitoria sin que pruebe además que era la mejor propuesta?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Controversias contractuales</i>	Acto de adjudicación Proponente vencido Carga de la prueba
<i>Acto de adjudicación</i>	Proponente vencido Pretensiones patrimoniales Carga de la prueba

TESIS: No. Este además tiene que *probar su derecho*, esto es, que era la *mejor propuesta* ponderada acorde con las reglas de la licitación y el *daño* que aspira a que le repare³⁹.

ARGUMENTOS:

³⁷ Ley 1150 de 2007. Artículo 5°.

³⁸ Decreto 734 de 2012. Artículo 2.2.8. *Reglas de subsanabilidad*.

³⁹ Esa premisa de juzgamiento ha sido constante en la línea horizontal. Ver, entre otros fallos, los siguientes: del 3 de agosto del 2006, radicación 850012331002-2004-01201-00; aún más explícito del 22 de febrero del 2007, expediente 850012331002-2004-01300-00; del 31 de mayo de 2007, radicación 850012331002-2004-02181-00 y del 26 de enero de 2012, expediente 850013331-002-2009-00071-03. Ponencias del magistrado Néstor Trujillo González. (PRECEDENTES)



1. El Consejo de Estado al respecto ha dicho: *“La jurisprudencia tiene determinado que si se demanda la nulidad del acto de adjudicación y se pretende ser indemnizado por estimar haber presentado la mejor propuesta, debe establecerse no solo que el acto administrativo acusado efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico, sino que además debe demostrarse que la propuesta del demandante era la mejor y más conveniente para la administración”*⁴⁰.

2. En las controversias contractuales en las que se requiera *evaluar componentes técnicos* de las propuestas no basta con adjuntar al expediente los documentos que las conforman, pues no corresponde al juez tomar la posición del comité de evaluación ni la de autoridades administrativas a las que compete hacer dicho ejercicio y responder por sus resultados. Menos sin auxilio experto, cuando el análisis exceda de la simple apreciación de los medios probatorios comparados con los requerimientos del pliego, que se ajusten a la ley.

3. En el caso concreto surge inequívocamente que la demandante *Company Service Food S.A.S.* era *mejor proponente* en los términos relativos que arroja la matriz de evaluación; pese a que: i) su precio fue más alto, pero menos *desviado* de la media geométrica; y ii) que el líder de equipo del Consorcio Conade (ingeniera de alimentos) duplica en experiencia, *además específica*, al supervisor que incluyó *Company*. Distorsiones ostensibles *pero ese fue el modelo que diseñó Yopal*, insensible a otros factores de ponderación que pudieron ser determinantes, pero que el juez no puede arrogarse la facultad de configurar pues ni dirige la contratación, ni hace el *pliego*, ni le corresponde definir las necesidades de la Administración ni cómo satisfacerlas

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Está subordinado por mandato legal el ejercicio de la representación de una sociedad simplificada por acciones a la prueba en cada caso de ausencia del gerente; puede inferirse dicha limitación del silencio del certificado mercantil de existencia y representación legal acerca de las condiciones para que intervenga el suplente?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Representación legal de sociedad</i>	Suplente de gerente Facultades de representación Silencio del certificado mercantil

TESIS: No. Tratándose de personas jurídicas de derecho privado, atribuida la representación legal a varios roles o funciones de la sociedad, las **restricciones** para su ejercicio tienen que provenir de mandato expreso y explícito del estatuto social, inscrito en el registro mercantil, pues ni provienen directamente de la ley, ni pueden idearse por el

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 27001-23-31-000-1994-02100-01(19056). En idéntico sentido: Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Bogotá, D.C., once (11) de noviembre dos mil nueve (2009), Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02254-01(17366); Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil nueve (2009), Radicación número: 76001-23-31-000-1993-19379 01(13206); Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Bogotá, veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008), Radicación número: 66001-23-31-000-1995-03254-02(15963); Consejera Ponente: NORA CECILIA GOMEZ MOLINA, BOGOTÁ, D.C., SIETE (7) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CUATRO (2004), RADICACIÓN NÚMERO: 25000-23-26-000-1995-10784-01(13790).



intérprete. A diferencia de lo que ocurre con el ejercicio de competencias de autoridad, *lo que no está prohibido está permitido*, por regla general (art. 6° de la Carta).

ARGUMENTOS:

1. El art. 196 del Código de Comercio en torno a las facultades de administradores y representantes legales de las sociedades permite concluir que basta que se asigne al gerente la función de representación para que pueda ejercer todas las actividades propias del objeto social hasta donde lo determine la ley, **salvo expresa cláusula del contrato social**; de manera que no son los intérpretes quienes pueden idearse límites que allí no se hayan consagrado clara, expresa e inequívocamente. Nada estipula el Código de Comercio respecto de la representación de las sociedades anónimas en general, ni su propio estatuto acerca de las simplificadas por acciones que permita sostener lo contrario.
2. La legislación mercantil no define la existencia ni las atribuciones del *suplente del representante legal*, luego ha de estarse a lo que establezca el contrato social conforme al sentido natural de las palabras.
3. La *falta temporal* no difiere substancialmente de la *accidental*, pues ambas son *transitorias*; suele usarse en el lenguaje mercantil y en general en lo atinente a *suplencias* la doble expresión para enfatizar con la primera lo que usualmente puede preverse o programarse, y con la segunda un suceso súbito, *casual*, no necesariamente planificado con anticipación.
4. Resulta infundado exigir que la intervención del *suplente* para suscribir actos, propuestas o contratos en representación de una sociedad tenga que obedecer a una contingencia específica de *ausencia probada del representante legal*, lo que supone *presumir* que el suplente está usurpando la función que el estatuto social le atribuyó. Esto es, invertir el principio constitucional de confianza legítima que se deriva del art. 83 de la Carta, desconocer la regla legal y atribuir mala fe a la actuación de quien *suple* al gerente, desconocer a *quien hace sus veces*. Limitaciones que, al igual que las propias del principal, solo pueden provenir directas, explícitas y claras, del ordenamiento o de la ley.

Ref.: Fallo. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: REINCORPORACIÓN SERVIDORES DAS. RESTRICTORES: (1) EMOLUMENTOS LABORALES. (2) RÉGIMEN FISCALÍA GENERAL. (3) PRIMA DE CLIMA. ASUNTO LITIGIOSO (palabras clave). [Reiteración de línea]: INCORPORACIÓN DE SERVIDORES DEL DAS A LA PLANTA DE LA FISCALÍA. PRESERVACIÓN DE DERECHOS ADQUIRIDOS (CARGO EN CARRERA) VERSUS SUJECCIÓN AL NUEVO RÉGIMEN DE SALARIOS Y PRESTACIONES. INCLUSIÓN DE PRIMA DE CLIMA. DESMEJORAMIENTO OBJETIVO: CARGA DE LA PRUEBA. [Apertura con variante de línea]: CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DE SERVIDOR DE CARRERA DEL DAS: NO GENERA DERECHOS ADQUIRIDOS PARA INCORPORACIÓN.

N° de Radicación	850013333001-2012-00031-03
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	CLOVIS ARBEY DUQUE VEGA
Demandado	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (DAS) EN SUPRESION.
Fecha Providencia: veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014).	



ANTECEDENTES:

El demandante sirvió desde el 16 de junio de 1998 en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS en el cargo de alumno de academia 326-03 hasta el 01 de marzo de 1999, fecha en la que fue ascendido a detective agente 2008-06; a partir del 18 de julio de 2005 se desempeñó como detective 2008-07. El último salario devengado en el DAS fue de \$2.659.210, más el 30% de prima especial de riesgo, 30% de prima técnica y el 10% de prima de clima.

Posteriormente, fue incorporado a la planta de personal de la Fiscalía al cargo de *asistente de investigación criminalística grado V*, sin solución de continuidad devengando un salario de \$1.692.065. En la demanda menciona que desde su incorporación a la Fiscalía no ha ejercido ninguna función que tenga que ver con el cargo al cual fue incorporado; actúa como delegado para el FONSET y enlace de las Unidades de Policía Judicial de Casanare y Grupos Especiales en lo relacionado con Gestión de Calidad y Recursos; además, el nuevo cargo es de inferior categoría al que venía desempeñando y sus emolumentos salariales y prestacionales se vieron disminuidos, pues no devenga la prima de clima y la prima de riesgo fue incorporada al salario básico y beneficios prestacionales.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Se configuran derechos adquiridos respecto de los emolumentos devengados en el ejercicio de un cargo de libre nombramiento y remoción para el cual fue comisionado un servidor de carrera del DAS, de manera que deban mantenerse para su incorporación a la planta de empleos de otra entidad?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Reincorporación servidores DAS</i>	Servidor de carrera en comisión Derechos adquiridos Emolumentos empleo comisionado
<i>Reincorporación servidores DAS</i>	Servidor de carrera en comisión Derechos adquiridos Inexistencia

TESIS: No. Los derechos que debieron ser garantizados al momento de la supresión del DAS para la incorporación en otro destino laboral se predicán única y exclusivamente del empleo que ostentaba en carrera en la extinta entidad y no los del cargo de libre nombramiento y remoción ejercido de manera transitoria en virtud de una comisión. El Decreto 4057 de 2011 es claro al señalar que la aplicación de las equivalencias para fines de incorporación dependerá de aquel cargo del cual el empleado incorporado era titular en el DAS.

ARGUMENTOS:

1. El demandante en su condición de *empleado público de carrera* tenía derecho a ser incorporado a otro empleo equivalente al suprimido. Aunque en el último año de prestación de servicios desempeñó uno de libre nombramiento y remoción en virtud de *comisión*, es lo cierto que la norma ha sido clara en señalar que la preservación de garantías laborales en la entidad receptora se reputa de las que confería la *carrera* en la entidad objeto de supresión, pues solo ellos son verdaderos derechos adquiridos.
2. Al cargo discrecionalmente asignado en virtud de una comisión de servicios no llega quien lo sirva en virtud del *mérito* probado en concurso público en igualdad de condiciones con otros aspirantes; pueda ser que la historia laboral de quien sea escogido por el nominador sea en sí misma *meritoria*, lo que no es igual, pues esa apreciación depende de la libertad del jerarca. Y de la misma manera que con núcleo discrecional puede



otorgar la comisión, la puede igualmente hacer cesar cuando lo estime necesario o adecuado a los fines del servicio, sin tener que dar explicación adicional.

3. El desempeño de esa especie de comisiones solo otorga el derecho a percibir los emolumentos del empleo directivo *mientras estuviere vigente*; la mayor remuneración *no es del servidor* sino del *cargo*, de manera que en cuanto lo deje, cesará ese *plus* de componentes salariales o de prestaciones. Ello es lo que determina que de la comisión a empleo de libre nombramiento y remoción confiado a un titular de carrera no puedan derivarse derechos adquiridos para los efectos indicados en la norma precedente; el cargo que se tendrá en cuenta para llevar a cabo el análisis de aparente desmejora salarial y prestacional del actor será aquel correspondiente al que era titular *de carrera* en el DAS; es decir, *detective 208-07*.

Reiteración:

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Cuando se produce la incorporación de un servidor de carrera del DAS a la planta de empleos de otra entidad estatal, por supresión de aquella en la que laboraba, tiene derecho a la intangibilidad del régimen salarial y prestacional que venía devengando?⁴¹

PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Es factible examinar presunto trato discriminatorio entre servidores del DAS incorporados a la Fiscalía General de la Nación y los que fueron asignados a otras dependencias oficiales, sin que se hayan concretado en la teoría de caso de la demanda en qué consistieron las desventajas objetivas de las que fue sujeto pasivo?⁴²

Preparó: Eliana Andrea Combariza Camargo, auxiliar judicial

Revisó y validó: Néstor Trujillo González, magistrado (trujicon@gmail.com)

⁴¹ Tesis: No, la intangibilidad de los emolumentos laborales que tenía el servidor del DAS no es absoluta; al incorporarlo a otro ente estatal queda sometido al nuevo régimen, mientras no haya desmejoramiento objetivo de su remuneración total. El mismo problema jurídico se trató en fallos del 7 noviembre de 2013, radicados 850013333001-2012-00029-01 y 850013333001-2012-00028-01 y sentencias de 14 de noviembre de 2013, radicados 850013333001-2012-00029-01 (2013-00476), 850013333001-2012-00033-01 (2013-00510), 850013333002-2012-00032-01 (2013-00507), 850013333002-2012-00034-01 (2013-00487) y 850013333002-2012-00027-01 (2013-00488), toda la serie con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González. En igual sentido sentencia del 28 de noviembre de 2013 radicado 850013333001-2012-00026-02 del mismo ponente. PRECEDENTES

Ponencias del magistrado José Antonio Figueroa Burbano, sentencias del 14 de noviembre de 2013, expedientes 85-001-3333-002-2012-00030-01, 85-001-3333-002-2012-00029-01 y 85-001-3333-002-2012-00031-01. Últimas reiteraciones: sentencias del 28 de noviembre de 2013, radicados 2012-00025-01 y 2012-00027-01.

⁴² No. Quien demanda por presunto trato discriminatorio en el proceso de homologación de cargos entre la entidad suprimida y aquella que deba recibirlo en nueva planta, o por diferenciación negativa con otros incorporados, debe precisar y concretar en qué ha consistido la desventaja de la que dice ser víctima y probar sus presupuestos fácticos. Dicho problema jurídico fue objeto de anterior discusión en TAC, sentencias del 14 de noviembre de 2013 radicados 850013333002-2012-00032-01 y 850013333002-2012-00027-01 ponente Néstor Trujillo González, entre otras. PRECEDENTES