

n°.

216

CONSEJO DE ESTADO

Boletín de Jurisprudencia



EDITORIAL
NORMAS SUSPENDIDAS
EXHORTOS
SENTENCIA DE UNIFICACIÓN
ACCIONES CONSTITUCIONALES
○ ACCIONES DE TUTELA
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA
SECCIÓN SEGUNDA
SECCIÓN TERCERA
SECCIÓN CUARTA
SECCIÓN QUINTA
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

República de Colombia
Consejo de Estado

Boletín de Jurisprudencia
Segunda época

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Presidente

Relatorías

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Liliana Marcela Becerra Gámez

Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Gloria Cristina Olmos Leguizamón

Antonio José Sánchez David

Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Jorge Eduardo González Correa

Natalia Rodrigo Bravo

Guillermo León Gómez Moreno

Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

María Magaly Santos Murillo

Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

Wadith Rodolfo Corredor Villate

Sala de Consulta y Servicio Civil

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Derys Susana Villamizar Reales

Acciones Constitucionales

Pedro Javier Barrera Varela

Camilo Augusto Bayona Espejo

Martha Lucía Gómez Gálvez

Comité Editorial

Rocío Araújo Oñate

Hernando Sánchez Sánchez

Gabriel Valbuena Hernández

Marta Nubia Velásquez Rico

Julio Roberto Piza Rodríguez

Ana Yasmín Torres Torres

Diseño

Juan David Pulido Gómez

Publicación

Camilo Ernesto Losada

ÍNDICE

Contenido

EDITORIAL.....	4
I. NORMAS ANULADAS	5
II. NORMAS SUSPENDIDAS	5
III. EXHORTOS	5
IV. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN	6
V. ASUNTOS CONSTITUCIONALES	11
VI. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	16
VII. SECCIÓN PRIMERA	18
VIII. SECCIÓN SEGUNDA	21
IX. SECCIÓN TERCERA	29
X. SECCIÓN CUARTA	37
XI. SECCIÓN QUINTA.....	47
XII. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL	55

EDITORIAL

En esta edición se registran dos normas anuladas por la Sección Cuarta y una norma suspendida por la misma Sección.

Como novedad jurisprudencial, la Sala Plena de la Corporación, mediante sentencia de unificación fijó los criterios que deben tenerse en cuenta para la interpretación del factor temporal de la inhabilidad consagrada en el artículo 179 numeral 5º de la Constitución Política. Precisó que la interpretación que más se ajusta y garantiza los principios y valores democráticos, es aquella que configura la inhabilidad desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y dura hasta el día en que se realiza la elección, inclusive.

En materia de pérdida de investidura se destacan dos decisiones de las Sala especiales:

En la primera de ellas, se negó la pérdida de investidura del Congresista electo por el partido de las FARC señor Seuxis Paucias Hernández Olarte, más conocido como Jesús Santrich, al considerar que se encontraba amparado en causal de fuerza mayor que justifica la no toma de posesión del cargo por encontrarse privado de la libertad.

En la segunda decisión, se negó la pérdida de investidura del senador Antanas Mockus Sivickas, entre otras razones, por considerar que su comportamiento del pasado 20 de julio de 2018 en el acto de instalación del Congreso, no constituye ni se adecúa a las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución y en la ley.

En asuntos constitucionales, la Sección Primera reiteró que el ingreso base de liquidación para la pensión de vejez de los servidores públicos, beneficiarios o no del régimen de transición debe calcularse con los factores salariales sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema pensional.

En cada una de las Secciones se destacan providencias importantes de gran aporte para la comunidad jurídica y la academia.

I. NORMAS ANULADAS

1. Acuerdo 015 de 2009, expedido por el Concejo Distrital de Barranquilla, “Por medio del cual se realizan ajustes de racionalización al sistema tributario del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla para la correcta aplicación de las normas tributarias distritales vigentes”: los apartes “base gravable” y “tarifa” del artículo 16.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de febrero de 2019, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 08001-23-31-000-2010-00021-01 \(23332\). \(Ver pág. 36 de este Boletín\).](#)

2. Conceptos 103121 de 20 de octubre de 2008 y 075186 de 12 de octubre de 2010 y Oficio 008895 de 10 de febrero de 2011, expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en relación con la interpretación planteada en ellos, según la cual no procede la aplicación del beneficio de auditoría a las declaraciones del impuesto sobre la renta en las que se compensen pérdidas fiscales.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de febrero de 2019, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2011-00019-00 \(18912\). \(Ver pág. 38 de este Boletín\).](#)

II. NORMAS SUSPENDIDAS

1. Ordenanza 077 de 23 de diciembre de 2014, “*Por medio de la cual se expide el Estatuto Tributario del Departamento de Santander*”, proferida por la respectiva Asamblea Departamental: los artículos 321 a 332.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto de 12 de febrero de 2019, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 68001-23-33-000-2017-00610-01 \(24207\). \(Ver pág. 41 de este Boletín\).](#)

III. EXHORTOS

1. **Sección Quinta exhortó al Tribunal Administrativo de Casanare, para que sea diligente en la concesión de los recursos y en la dirección de las audiencias públicas.**

En tal sentido, resolvió: “EXHORTAR al Tribunal Administrativo de Casanare para que en adelante sea más diligente en la concesión de los recursos procesales, dando aplicación a lo previsto en el párrafo del artículo 318 del C.G.P. en caso de ser necesario, así como en el deber de dirección de las audiencias públicas.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de 11 de febrero de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 85001-23-33-000-2016-00207-01.](#)

IV. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

- 1. Mediante sentencia de unificación la Sala Plena precisó que inhabilidad para ser congresista relacionada con tener vínculos con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política en la circunscripción en la que se presentan se configura desde el día de inscripción de la candidatura al cargo de elección popular.**

Síntesis del caso: *Se instauró acción de nulidad electoral contra el acto de elección del señor Hernán Augusto Estupiñán Calvache como Representante a la Cámara por el Departamento de Nariño para el período 2018-2022 como quiera que la hermana del precitado se desempeñaba como Registradora del Estado Civil de la ciudad de Pasto para la fecha de inscripción como candidato del posteriormente electo representante y hasta cuando se produjo su elección, lo que supone el ejercicio de autoridad civil que generaba para el candidato una inhabilidad para acceder al cargo en el que resultó electo conforme a lo previsto en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política.*

INTERPRETACIÓN DEL FACTOR TEMPORAL DE LA INHABILIDAD CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 179.5 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA – Unificación de Jurisprudencia

Problema jurídico 1: *¿Existe una divergencia interpretativa entre la tesis de la Sección Quinta del Consejo de Estado y la tesis de la Sala Plena en torno al factor temporal de la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución Política?*

Tesis 1: “[...] [La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió avocar el conocimiento del presente asunto, con fundamento en la necesidad de unificar jurisprudencia en relación con la interpretación del factor temporal de la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución Política. Esta decisión tuvo lugar al quedar verificada la existencia de las tesis divergentes entre la Sección Quinta y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (...) en relación con la configuración del factor temporal de la inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 superior, a partir de las cuales se interpreta en forma disímil la misma disposición, lo que conlleva el otorgamiento de consecuencias jurídicas distintas respecto del mismo supuesto fáctico. En atención a los planteamientos de la solicitud de parte presentada, la decisión del 25 de septiembre de 2018 verificó las dos tesis existentes en la Corporación, así: Tesis Sección Quinta: Mediante sentencia de unificación dictada el 26 de marzo de 2015 dentro del medio de control de nulidad electoral, con fundamento en el criterio de interpretación teleológico de la norma constitucional y atendiendo al efecto útil de la norma, se consideró que la subregla aplicable al factor temporal de la inhabilidad, es aquella que entiende materializada la misma si el familiar del Congresista electo ejerce autoridad desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta la fecha en la que efectivamente se declare la elección del candidato. En esta sentencia se decidió que la nueva regla fijada para el entendimiento del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5º del artículo 179 Constitucional, se aplicaría hacia las elecciones futuras y, por tanto, no se declaró la nulidad de la elección del Congresista demandado. (...) Tesis Sala Plena de

lo Contencioso Administrativo: En el marco del medio de control de pérdida de investidura y con fundamento en la interpretación de la disposición constitucional, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha señalado que el requisito temporal de la causal de inhabilidad se configura al momento de realizarse las votaciones, es decir, sólo se encuentra inhabilitado el Congresista cuyo familiar ejerce cargo de autoridad civil o política el día de los comicios”.

Problema jurídico 2: *¿Está inhabilitado el Congresista – Representante a la Cámara cuyo pariente ejerce autoridad civil y política en la misma circunscripción territorial de la elección al momento de la inscripción del candidato y hasta antes de la elección?*

Tesis: “[...] Para todos los efectos que correspondan, la Sala unifica su jurisprudencia en el siguiente sentido: La interpretación del elemento temporal de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, que más se ajusta y garantiza los principios y valores democráticos, es aquella que configura la inhabilidad desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y dura hasta el día en que se realiza la elección, inclusive. (...) En el presente caso, se configura la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política, porque para el momento en que el Congresista se inscribió como candidato a la Cámara de Representantes por la circunscripción territorial de Nariño, su hermana ejerció autoridad civil por razón de las funciones que desempeñó como Registradora Especial en la ciudad de Pasto, siendo ésta autoridad ejercida en la misma circunscripción electoral por la cual fue elegido su hermano. (...) Conforme con las pruebas obrantes en el expediente, el demandado no podía ser elegido como Representante a la Cámara por el departamento de Nariño para el período constitucional 2018-2022, al reunirse todos los elementos constitutivos de la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional”.

PRINCIPIO DE CONFIANZA – Garantía de protección a partir del principio de seguridad jurídica y buena fe

Problema jurídico 3: *¿Actuó el representante electo señor Hernán Augusto Estupiñán Calvache de buena fe y bajo la creencia justificada de no encontrarse incurso en la causal de inhabilidad descrita en el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución Política, de manera que deba protegerse sus expectativas ciertas manteniendo su elección como representante a la cámara para el periodo 2018-2022?*

Tesis 3: “[...] La tesis de interpretación del factor temporal de la causal de inhabilidad por parentesco, prohijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que se modifica con el presente fallo, fue constante, consistente y duradera al interior de la Corporación por dos décadas. (...) La misma tesis que mantuvo su vigencia en la Sala Plena por dos décadas, fue la acogida y aplicada por la Sección Quinta hasta el año 2015, cuando por una sentencia unificadora la modificó. (...) Quedó verificado que en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fueron resueltos 26 casos, entre acciones de nulidad electoral y solicitudes de pérdida de investidura, y en todas las decisiones se hizo referencia a que el factor temporal de la causal de inhabilidad se concretaba el día de los comicios. (...) La Sala encuentra plenamente acreditados en este proceso los elementos de la confianza legítima, pues la jurisprudencia constante y reiterada de la Corporación configura una base sólida y objetiva a partir de la cual, el demandado confió, genuinamente y justificadamente, en que la inhabilidad por parentesco sólo se configuraba si el pariente ejercía autoridad el día de los comicios, pues así lo había dicho la Sala Plena, lo que no ocurrió en el presente caso, pues su hermana fue trasladada como Registradora Especial a otro departamento. (...) Conforme con tal convicción fue avalado por su partido, inscribiéndose como candidato a Representante a la Cámara por el departamento de Nariño, pese a que su hermana era Registradora Especial de Pasto para dicha fecha y ejercía autoridad civil y política. Hecho este que permite verificar que, a partir de la confianza justificada, el Representante a la Cámara

exteriorizó su voluntad bajo la creencia de no encontrarse inhabilitado por la causal estudiada. (...) Corolario, en aplicación del principio de la confianza legítima y de la seguridad jurídica, no es viable declarar nula la elección de Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, porque aquel actuó con base en la jurisprudencia que al momento regía para la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que ostenta el más alto nivel decisorio del Consejo de Estado, órgano de cierre jurisdiccional”.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN RESPECTO AL ENTENDIMIENTO DEL FACTOR TEMPORAL DE LA INHABILIDAD CONTEMPLADA EN EL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 179 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA- Aplicación en el tiempo

Problema Jurídico 4: *¿Es aplicable la tesis unificada sobre el entendimiento del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política a elecciones de Congresistas que han tenido lugar antes de la emisión de esta sentencia?*

Tesis 4: “... [L]as consideraciones expuestas en esta providencia respecto del entendimiento del factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 179 Constitucional tendrán aplicación desde las próximas elecciones de Senado y Cámara de Representantes...”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de enero de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate radicación: 11001-03-28-000-2018-00031-00 SU.](#)

Salvaron su voto los consejeros Milton Chaves García, Marta Nubia Velásquez Rico

Aclararon voto los consejeros Hernando Sánchez Sánchez, Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Carlos Enrique Moreno Rubio y Alberto Yepes Barreiro

Salvamentos de voto

Salvamento de voto del consejero Milton Chaves García

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN CON JURISPRUDENCIA ANUNCIADA DE LA SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO PROFERIDA EL 26 DE MARZO DE 2015 – Debíó aplicarse al caso concreto

Tesis: “[L]a Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de unificación proferida el 26 de marzo de 2015, en un asunto de nulidad electoral con similares supuestos fácticos y jurídicos al *sub examine*, ya había establecido una regla de interpretación respecto al factor temporal de la inhabilidad contemplada en el artículo 179.5 Constitucional, en el mismo sentido (...) En esa ocasión, la Sección Quinta advirtió que, en garantía de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, haría uso de la figura de la jurisprudencia anunciada, de modo que no aplicaría a ese asunto la regla antes mencionada y que ésta regiría para resolver asuntos originados en las elecciones parlamentarias del periodo 2018-2022 (...) el presente asunto trata del medio de control de nulidad electoral, en el cual se efectúa un control objetivo de legalidad del acto de elección, frente al cual la Sección Quinta estableció un criterio interpretativo jurisprudencial vinculante y que debió ser aplicado en el presente asunto.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de enero de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate radicación: 11001-03-28-000-2018-00031-00 SU, SV consejero Milton Chaves García.](#)

Salvamento parcial de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

CAUSAL DE INHABILIDAD ANALIZADA – Solo puede tener lugar el día de los comicios

Tesis: “[L]as causales de inhabilidad son taxativas (...) [L]as causales de inhabilidad sólo resultan pasibles de análisis bajo un criterio restringido, sin que sea dable aplicarlas extensivamente a situaciones no previstas expresamente en la norma que las consagra. Lo contrario vulneraría el principio de legalidad y por esta vía el derecho fundamental al debido proceso del artículo 29 constitucional. Teniendo en cuenta lo anterior, estimo que la interpretación que se revela como respetuosa de los principios de legalidad y taxatividad, consiste en señalar que la estructuración temporal de la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 179-5 de la Constitución Política tiene lugar el día de la elección correspondiente, dado que la norma prevé un supuesto de inelegibilidad como congresista, mas no una cortapisa para ser candidato a un cargo de elección popular. Este criterio concuerda con lo prescrito en el artículo 280 de la Ley 5 de 1992, según el cual no podrán ser elegidos congresistas quienes se encuentren incurso en las causales de inhabilidad previstas en la Constitución, con lo que se ratifica que su configuración afecta la elección, cosa que solo puede tener lugar el día de los comicios.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de enero de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate radicación: 11001-03-28-000-2018-00031-00 SU, S.P.V consejera Marta Nubia Velásquez Rico.](#)

Aclaraciones de voto

Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

FACTOR TEMPORAL DE INHABILIDAD ANALIZADA – Debe ser aplicado en razón de su naturaleza

Tesis: “[L]a interpretación del factor temporal de la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 179 ibidem, no puede limitarse por la forma general y amplia en que se encuentra redactado el artículo y debe ser aplicada, en razón a su naturaleza, desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y hasta el día en que se realiza la elección, inclusive.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de enero de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate radicación: 11001-03-28-000-2018-00031-00 SU, AV consejero Hernando Sánchez Sánchez.](#)

Aclaración de voto del consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez

FINALIDAD DE LA INHABILIDAD ANALIZADA – Orientada a evitar concentración de poder en una circunscripción electoral el día de las elecciones

Tesis: “[A]unque no comparto el alcance que se le dio a la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución, acompañé la decisión mayoritaria con el único propósito de lograr consenso en la materia y brindar certeza jurídica para la decisión de casos futuros, como quiera que la tesis

que se adopta en esta sentencia será aplicable para los procesos de pérdida de investidura y nulidad electoral. (...) [T]rátense de una omisión o de la intención “evidente” del constituyente, lo que sí debe tenerse en cuenta es que la finalidad de esa inhabilidad no es otra que evitar la concentración de poder en una circunscripción electoral para el día de las elecciones, que es el momento en el que se pueden concretar –no antes- las presiones indebidas o la influencia sobre el electorado. La finalidad de esta causal de inhabilidad no era la de evitar una desigualdad en la contienda electoral. Si esa hubiere sido la intención del constituyente, así se hubiera dejado plasmada en la propuesta o, al menos, se hubiera discutido expresamente el factor temporal como se hizo para las otras inhabilidades. (...) En ese sentido, se insiste, el verdadero sentido y finalidad de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución es evitar la acumulación de dignidades y poderes en un solo núcleo familiar y la misma se configura, por expresa intención del constituyente, el día de las elecciones.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de enero de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate radicación: 11001-03-28-000-2018-00031-00 SU, AV consejero Jorge Octavio Ramírez Ramírez.](#)

Aclaración de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

DEMANDADO NO ESTUVO INCURSO EN INHABILIDAD ALEGADA – Con fundamento en tesis imperante de la Sala Plena

Tesis: “[A] mi juicio, lo que correspondía señalar en este caso, era que el actor no estuvo incurso en la inhabilidad alegada con fundamento en tesis imperante de la Sala Plena hasta el momento, la cual, se rectificaría en esta oportunidad para ser aplicada como “jurisprudencia anunciada”, con fundamento en los principios de confianza legítima y buena fe.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de enero de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate radicación: 11001-03-28-000-2018-00031-00 SU, AV consejero Hernando Sánchez Sánchez.](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

TÉCNICA DE JURISPRUDENCIA ANUNCIADA – Inaplicable al caso concreto

“La jurisprudencia anunciada tiene por objeto precaver que los derechos consolidados bajo un precedente judicial pacífico, estable y claro puedan verse afectados por un cambio jurisprudencial. (...) [N]o se justifica la aplicación de la técnica de la jurisprudencia anunciada, pues lo cierto es que para la época de los hechos estudiados en el *sub judice* no existía un precedente claro, estable y pacífico que señalara que la inhabilidad consagrada en el numeral 5º del artículo 179 de la C.P. sólo cobijaba el día de las elecciones, razón por la cual la aplicación de la regla unificada al caso concreto no vulneraba, de ninguna manera, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de enero de 2019, C.P. Rocío Araújo Oñate radicación: 11001-03-28-000-2018-00031-00 SU, AV consejero Alberto Yepes Barreiro.](#)

V. ASUNTOS CONSTITUCIONALES

Acciones de Tutela

2. El ingreso base de liquidación para la pensión de vejez de los servidores públicos, beneficiarios o no del régimen de transición debe calcularse con los factores salariales sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema pensional.

Síntesis del caso: *El actor considera que las entidades judiciales accionadas, al decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió en contra del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lograr la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de la totalidad de los factores salariales que devengaba al momento de adquirir el estatus pensional, desconocieron lo establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, y la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, vulnerando con ello sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Inexistencia / RÉGIMEN PENSIONAL ESPECIAL APLICABLE A DOCENTE VINCULADO ANTES DE LA LEY 812 DE 2003 / FACTORES A TENER EN CUENTA PARA RELIQUIDAR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN A DOCENTE - Aquellos objetos de aportes

Problema jurídico: *¿Cuáles son los factores salariales que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para la pensión de vejez de los servidores públicos, beneficiarios o no de la transición pensional?*

Tesis: “[R]especto a los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812, es importante tener en cuenta que el criterio jurisprudencial señalado por la Sección Segunda de esta Corporación se modificó con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado citada supra [sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, C.P. César Palomino Cortés, radicación 52001233300020120014301], que señaló que los factores salariales que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para la pensión de vejez de los servidores públicos, beneficiarios o no de la transición pensional son únicamente aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema de pensiones (...), el Tribunal al liquidar la pensión de jubilación de la actora señaló que no se podían incluir todos los factores salariales e incorporó únicamente aquellos factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes al sistema de seguridad social. (...) Lo anterior lleva a concluir que el Tribunal accionado no incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente jurisprudencial, toda vez que si bien es cierto aplicó la sentencia SU - 395 de 2017, proferida por la Corte Constitucional, que resultaba inaplicable al caso concreto, por cuanto en ella se aborda el análisis de las reglas aplicables a la determinación del IBL en los casos amparados por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no en relación con el régimen pensional de los docentes regulados por la Ley 33 de 1985 y el artículo 1º de la Ley 62 de 1993, también lo es que sustentó su decisión en el alcance que debe darse a las precitadas disposiciones a partir del contenido del artículo 48, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 10 de diciembre de 2018, C.P. Hernando Sánchez Sánchez \(E\), radicación: 11001-03-15-000-2018-01920-01\(AC\).](#)

3. Se ordenó hacer nuevo estudio de sanción en uso de los poderes correccionales del juez que incurrió en defecto fáctico por el desconocimiento de hechos probados.

Síntesis del caso: *Mediante auto de 4 de octubre de 2018, el Juzgado Séptimo Administrativo de Bucaramanga, impuso sanción correccional de multa al alcalde municipal de Piedecuesta Santander por el incumplimiento de la orden judicial contenida en auto de 1 de septiembre de 2017, que le solicitó presentar informe técnico sobre la renovación de la plaza de mercado actual y la construcción de una nueva.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / PODERES CORRECCIONALES DEL JUEZ - Imposición de sanción por incumplimiento de orden judicial / DEFECTO FÁCTICO - Apreciación irrazonable de la prueba / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Problema jurídico: *¿El auto expedido por el Juzgado Séptimo Administrativo de Bucaramanga, el 4 de octubre de 2018, incurrió en defecto fáctico al imponer sanción correccional al actor por incumplimiento de una orden judicial, a pesar que en la providencia se reconoció que el obligado no fue totalmente renuente?*

Tesis: “[E]sta Sala considera que la providencia acusada incurrió en defecto fáctico por apreciación “manifiestamente irrazonable” de la prueba, dado que el juez se apartó de los hechos probados que daban cuenta del cumplimiento de la orden y los ajustó, en forma equivocada, a la conducta infractora prevista en el artículo 44 del Código General del Proceso que exige como presupuestos para la imposición de la sanción, el incumplimiento y la intención de producir daño. (...) Bajo las anteriores consideraciones, la Sala concluye que la decisión proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Bucaramanga el 4 de octubre de 2018, por medio de la cual impuso sanción correctiva a [D.A.R.R.] por el incumplimiento de una orden judicial, incurrió en defecto fáctico porque se apartó de los hechos probados que acreditaban el cumplimiento de la decisión y, bajo una apreciación alejada de los criterios de la sana crítica, concluyó que el actor incurrió en la conducta infractora objeto de sanción.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 21 de febrero de 2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 68001-23-33-000-2018-00940-01\(AC\).](#)

4. El INPEC está obligado a acatar las órdenes dictadas por la Corte Constitucional en un amparo estructural, para conjurar crisis de hacinamiento carcelario en el municipio de Andes.

Síntesis del caso: *Los accionantes solicitan la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, vida y salud; pues viven un hacinamiento carcelario del 376% de acuerdo con la capacidad del centro penitenciario. En la sentencia se concluye, de acuerdo con la normativa vigente, que el INPEC si tiene las funciones de vigilancia, custodia, atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad, en consecuencia, está obligado a velar porque se supere la situación de hacinamiento en el establecimiento penitenciario de Andes. De otra parte, y dado que la afectación de los derechos de los internos se enmarca dentro de una situación de vulneración masiva y sistemática en la que deben actuar de manera coordinada varias instituciones, se deben aplicar las órdenes dictadas por la Corte Constitucional en la sentencia T-388 de 2013.*

ACCIÓN DE TUTELA / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUBRIDAD / HACINAMIENTO CARCELARIO - Establecimiento penitenciario del municipio de Andes / APLICACIÓN DE ÓRDENES PROFERIDAS EN AMPARO ESTRUCTURAL - Sentencia T-388 de 2013 / COMPETENCIAS NORMATIVAS DEL INPEC PARA CONJURAR LA CRISIS - De hacinamiento carcelario

Problema jurídico: *¿El INPEC está obligado a conjurar la crisis de hacinamiento que viven las personas reclusas en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario del municipio de Andes y, en caso afirmativo, establecer si en este caso resultan aplicables las órdenes dictadas en el amparo estructural, sentencia T-388 de 2013, proferida por la Corte Constitucional?*

Tesis: “Los actores manifestaron que están reclusos en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario del municipio de Andes que tiene una capacidad para 168 personas, pero que, actualmente, hay 803 reclusos. Alegaron que no existe espacios para dormir, no hay baños suficientes para todas las personas, no cuentan con espacios para caminar, el servicio de alimentación es precario y el de salud no resulta suficiente para atender a todos los reclusos. (...) [El INPEC], en el informe precisó que el EPMSC de Andes tiene capacidad para 168 internos y que en la actualidad está ocupado por 801, lo que significa que presenta un hacinamiento del 376 %, es decir, no cabe duda de la vulneración de los derechos fundamentales invocados por los actores (...) De manera evidente, la garantía del derecho a la dignidad humana y a la salubridad pública se han visto vulnerados por la situación de hacinamiento que atraviesa el EPMSC de Andes, sin que alguna de las autoridades demandadas demostraran que hayan desplegado labores efectivas para conjurar el fenómeno. Como se precisó, el EPMSC de Andes actualmente tiene sobrepoblación de 633 internos, los internos están durmiendo en lugares no aptos, como baños y corredores, las unidades sanitarias resultan insuficientes para atender a los internos. Por tal razón, la Sala comparte la decisión del a-quo de acoger las órdenes proferidas por la Corte Constitucional en sentencia T-388 de 2013. De otra parte, el INPEC en la impugnación manifestó que ese instituto no crea cupos de reclusión, no tiene a su cargo la creación de establecimientos carcelarios, ni el servicio de infraestructura, ni el presupuesto para atacar la crisis carcelaria. (...) [L]a Sala advierte que no le asiste razón a la accionada en afirmar que no es competente para atender la crisis carcelaria que padece el EPMSC de Andes, pues, como se vio (...) ese instituto tiene a su cargo la vigilancia, custodia, atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad; la vigilancia y seguimiento del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado, impuestas como consecuencia de una decisión judicial, en coordinación con las demás entidades competentes”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 23 de enero de 2019, C.P. Milton Chaves García, radicación 05001-23-33-000-2018-01553-01\(AC\).](#)

5. **Juez de tutela no tiene competencia para ordenar que se tramite proyecto de ley vía Fast Track con el fin de extender los beneficios del Acuerdo de Paz a otros procesados.**

Síntesis del caso: *Los accionantes consideran que la Ley 1820 de 2016 y el Decreto 277 de 2017 que desarrollan lo pactado en el Acuerdo de Paz, y que, en consecuencia, otorgaron tratamientos especiales para los miembros de la guerrilla, de la fuerza pública y civiles involucrados en la comisión de delitos relacionados con el conflicto armado interno, genera un trato desigual e injustificado para los presos sociales que pagan pena por delitos comunes. Sin embargo, en la sentencia se considera que el juez constitucional no tiene facultades para ordenar al Congreso de la República que tramite, vía fast track, un proyecto de ley que contemple estos mismos beneficios penales a todos los penados, pues esto se debió a una justificación excepcional, la terminación del conflicto armado.*

TUTELA PARA QUE SE TRAMITE PROYECTO DE LEY VÍA FAST TRACK - Que otorgue tratamiento igualitario a todos los privados de la libertad / PRESENTACIÓN DE PROYECTO DE LEY PARA OBTENER BENEFICIOS PENALES - No es un mecanismo de defensa idóneo y eficaz / PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD POR DELITOS COMUNES - No pueden obtener los beneficios derivados del acuerdo de paz / ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA - Tiene justificación excepcional en la finalización del conflicto armado interno / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD

Problema jurídico: *¿La sentencia del 1 de noviembre de 2018 se ajustó a derecho al declarar improcedente el amparo solicitado, con fundamento en que los demandantes cuentan con otro mecanismo ordinario eficaz para la defensa de sus derechos [y, en consecuencia, establecer] si las autoridades demandadas vulneraron el derecho fundamental a la igualdad de los demandantes, que se encuentran privados de la libertad por delitos comunes, al no concederles los beneficios que, en materia penal, contiene el Acuerdo de Paz y las normas que lo desarrollan?*

Tesis: “La providencia impugnada no se ajustó a derecho al señalar que la presentación de un proyecto de ley, a través de una tercera persona, es un mecanismo ordinario de defensa idóneo para que los demandantes puedan buscar la protección del derecho a la igualdad, que, alegan, les fue vulnerando al no concederles los beneficios penales que consagra el Acuerdo de Paz suscrito por el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC-EP. Pese a lo anterior, las autoridades demandadas no vulneraron el derecho fundamental a la igualdad de los demandantes, que se encuentran privados de la libertad por delitos comunes, al no concederles los beneficios que, en materia penal, contiene el Acuerdo de Paz y las normas que lo desarrollan, pues las medidas adoptadas en esa normativa tienen justificación excepcional en la finalización del conflicto armado interno, mediante la concesión, entre otros, de beneficios en materia penal, como la amnistía, el indulto y la libertad condicionada, respecto de delitos políticos y conexos, relacionados, precisamente, con el conflicto armado interno”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 12 de febrero de 2019, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación 20001-23-33-000-2018-00287-01\(AC\).](#)

6. Tribunal Administrativo vulneró el derecho al debido proceso por indebida aplicación de la norma que regula las cláusulas *claim made* en el contrato de seguro.

Síntesis del caso: *La ESE Hospital María Inmaculada de Florencia y la Previsora S.A. suscribieron póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones médicas. En segunda instancia del proceso de reparación directa No. 18001-33-31-001-2009-00138-00, el Tribunal Administrativo de Caquetá dictó sentencia, en la que confirmó la decisión de declarar la responsabilidad administrativa de la ESE Hospital María Inmaculada de Florencia, pero además, condenó al llamado en garantía - La Previsora S.A., a pagar a la entidad el monto de la condena de acuerdo con el valor asegurado en la póliza. La Sociedad accionante considera que la autoridad judicial hizo una indebida aplicación del artículo 4° de la Ley 389 de 1997, ya que resolvió la responsabilidad de la llamada en garantía aplicando la modalidad de cobertura por descubrimiento, propio de los seguros de riesgos financieros, cuando entre las partes se suscribió una póliza de responsabilidad civil con cláusulas *claim made*.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DEFECTO SUSTANTIVO - Por indebida aplicación normativa / DEFECTO FÁCTICO - Por equivocada interpretación de las cláusulas de contrato de seguro / CONTRATO DE SEGURO - Modalidad *claim made*

Problema jurídico: *¿La autoridad judicial accionada incurrió en los defectos sustantivo y fáctico al condenar al llamado en garantía – ¿La Previsora S.A. Compañía de Seguros, al pago de los perjuicios reconocidos a favor de los demandantes dentro del proceso de reparación directa?*

Tesis: “De acuerdo con las pruebas del contrato se tiene que entre la accionante [Compañía Aseguradora] y la ESE HMI se suscribió una póliza de responsabilidad civil con cobertura por reclamación o con cláusulas *claim made*, y con vigencia del 4 de octubre de 2007 al 4 de octubre de 2008. La cobertura con cláusula *claim made* implica que la reclamación por ocurrencia del hecho dañoso se realice dentro de la vigencia de la póliza o su extensión, si se pacta. El Tribunal Administrativo de Caquetá resolvió la responsabilidad de la llamada en garantía aplicando una disposición normativa que no se corresponde con las cláusulas de la póliza suscrita entre las partes, pues a pesar de tratarse de una cobertura por reclamación, la autoridad judicial aplicó la teoría del descubrimiento, y expuso que dado que el hecho dañoso ocurrió en vigencia de la póliza, éste debía ser asumido por la aseguradora; aseveración que desconoce la naturaleza de la cobertura acordada por las partes, según la cual el hecho y la reclamación debían ocurrir en vigencia de la póliza. (...). Para la Sala, la lectura literal de la cláusula décima [del contrato de seguro] permite concluir que el periodo de extensión de reclamos está condicionado a la contratación del anexo que así lo estipule, y que requiere que se cumpla con requisitos como la radicación de un escrito por parte del asegurado 30 días previos al vencimiento de la vigencia de la póliza y el pago de una suma adicional. (...) En el caso concreto el Tribunal Administrativo de Caquetá hizo una interpretación errada del artículo 4° de la Ley 389 de 1997 al analizar la responsabilidad de la llamada en garantía [aseguradora], aplicando la cobertura por descubrimiento, propio del seguro de manejo y riesgos financieros, e incluso tratándolo como un seguro de responsabilidad por ocurrencia pura, cuando entre el asegurado y el tomador se suscribió una póliza de responsabilidad civil por reclamación o con cláusulas *claims made*. Es así que, además de establecer si el hecho amparado ocurrió en vigencia de la póliza, correspondía al Tribunal determinar, de conformidad con las

pruebas del proceso, debió establecer si la reclamación ocurrió dentro de la vigencia del seguro. (...) [S]e encuentra que la sentencia del 29 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Caquetá, en lo que refiere a la responsabilidad del llamado en garantía incurrió en defecto sustantivo por indebida aplicación del artículo 4° de la Ley 389 de 1997, y en defecto fáctico por omisión en la valoración de las cláusulas de la póliza de responsabilidad civil profesional para instituciones médicas.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 12 de febrero de 2019, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 11001-03-15-000-2018-00027-01\(AC\).](#)

VI. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

7. Congresista electo por el partido de las FARC señor Seuxis Paucias Hernández Olarte, más conocido como Jesús Santrich, se encuentra amparado en causal de fuerza mayor que justifica la no toma de posesión del cargo por encontrarse privado de la libertad.

Síntesis del caso: *Se requirió por parte de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes se declarara la pérdida de investidura del congresista electo por el partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común – FARC- señor Seuxis Paucias Hernández Olarte por no tomar posesión del cargo el día en que fue llamado a posesionarse, considerando la Sala Plena que no estaban dados los presupuestos de desinvestidura pues el demandado está amparado en causal de fuerza mayor debidamente estructurada.*

FUERZA MAYOR ACREDITADA POR CONGRESISTA ELECTO – Como fenómeno de justificación que impide la configuración de la causal de desinvestidura relacionada con la no toma de posesión del cargo

Problema jurídico: *¿Constituye la captura con fines de extradición de un congresista electo que no asistió a la toma de posesión del cargo por estar privado de la libertad un hecho constitutivo de fuerza mayor en los términos de los parágrafos de los artículos 183 de la Constitución Política y 296 de la ley 5 de 1992?*

Tesis: “[N]o cabe duda, de que la privación de la libertad del congresista constituye un hecho externo que provino de autoridad pública. Adicionalmente, la detención se produjo el 9 de abril de 2018, es decir, antes de la fecha de instalación del Congreso de la República, por lo que el demandado se hallaba en una imposibilidad física de tomar posesión del cargo, en los términos establecidos en los artículos 12 a 17 de la Ley 5 de 1992, dado que no podía –y aún no puede– acudir o presentarse ante el presidente de la Cámara de Representantes para la toma de juramento. Además, la privación de su libertad fue imprevisible e irresistible por cuanto no pudo anticiparse y contrarrestar los efectos de la detención. (...) la Sala denegará la solicitud de pérdida de investidura formulada por la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, dado que el congresista demandado se encuentra amparado en una situación de fuerza mayor, pues (i) la detención administrativa de la cual es sujeto, proviene de una autoridad judicial y, por tanto, le es externa; (ii) la privación de su libertad constituye un hecho

imprevisible e irresistible, en tanto no lo pudo prever, así como tampoco soportar o sobrellevar y, finalmente, (iii) no se acreditó que hubiera mediado culpa del demandado”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia de 20 de febrero de 2019, C.P. María Adriana Marín \(E\), radicación: 11001-03-15-000-2018-03883-00 \(P.I.\).](#)

8. Senador Antanas Mockus Sivickas no incurrió en causal de desinvestidura por bajarse los pantalones en sesión de instalación del Congreso el pasado 20 de julio donde tomó posesión o por fungir como representante legal de entidad que contrató con el Estado.

Síntesis del caso: *Se solicitó la desinvestidura del senador Antanas Mockus Sivickas por bajarse los pantalones en instalación del Congreso y fungir como representante legal de entidad que contrató con el Estado, concluyéndose por la Sala Plena que, la primera imputación era atípica, disponiendo la remisión de copias a la Comisión de Ética del Senado para que se indagara su proceder, por estimar que sobre ellos recaía la competencia disciplinaria y en torno a la segunda imputación que, no obstante fungir como representante legal, delegó válidamente la competencia contractual, por lo que no se benefició por sí o por interpuesta persona, ni benefició a un tercero con la gestión o celebración de contratos de que trata la causal de desinvestidura endilgada.*

BAJARSE LOS PANTALONES EN INSTALACIÓN DEL CONGRESO. No constituye causal de pérdida de investidura

Problema jurídico 1: *¿Constituye la actuación del congresista Antanas Mockus Sivickas el pasado 20 de julio de 2018 en el acto de instalación del Congreso causal de desinvestidura?*

Tesis 1: “[L]a Sala se abstendrá de analizar y juzgar la mencionada conducta del congresista demandado, dado que la misma no constituye, ni se adecúa a las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución y en la ley... Cabe precisar que la Sala comparte el criterio manifestado por el Ministerio Público, en tanto solicita que la controversia se centre en la configuración o no de la causal de inhabilidad establecida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política porque el posible comportamiento indecoroso del demandado no es constitutivo de pérdida de investidura.”

AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS NO ESTÁ INCURSO EN CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR CELEBRACIÓN DE CONTRATOS CON EL ESTADO – Al delegar válidamente su función contractual como representante legal de entidad contratada

Problema jurídico 2: *¿Se encuentra el senador Antanas Mockus incurso en causal de desinvestidura por fungir como representante legal de una entidad que contrató con el Estado, no obstante haber delegado su función contractual?*

Tesis 2: “[N]o hay lugar a concluir que en la actuación contractual que ocupa la atención de la Sala de Decisión (...) los convenios conocidos se hubieran celebrado y ni siquiera hecho tratativas a nombre y representación del hoy senador, al contrario, es claro que los mismos fueron celebrados por el director ejecutivo de Corpovisionarios (...) [N]o puede imputársele la celebración del negocio jurídico al demandado (...) por cuanto directamente no lo celebró (...) el demandado tenía la calidad de presidente de

la entidad sin ánimo de lucro y la representación legal compartida, también es cierto que, tenía la facultad estatutaria debidamente registrada (...) de delegar no solo la representación legal sino cualquier función que estimare pertinente. Lo que efectivamente hizo mediante resolución no. 3 del 10 de octubre de 2014.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia de 19 de febrero de 2019, C.P. María Adriana Marín, radicación: 11001-03-15-000-2018-02417-00 \(P.I.\) y \(11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00 \(acumulados\).](#)

Salvamento de voto del consejero César Palomino Cortés

SENADOR ANTANAS MOCKUS SE ENCUENTRA INCURSO EN CAUSAL DE DESINVESTIDURA – Al intervenir en la celebración de convenios con dos entidades públicas dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección

Tesis: “[S]i en gracia de discusión se considerara que la estipulación de Corpovisionarios, sobre la posibilidad de efectuar esta delegación por parte del Presidente de la corporación en el Director Ejecutivo de la misma, fuera legalmente aceptada, porque proviene de la voluntad de la asamblea general, a mi juicio, tampoco puede avalarse que la simple delegación, sin registro en la Cámara de Comercio, fuera suficiente para entender que el Director Ejecutivo llevara la representación legal de la corporación o que el presidente se liberara de dicha calidad”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia de 19 de febrero de 2019, C.P. María Adriana Marín, radicación: 11001-03-15-000-2018-02417-00 \(P.I.\) y \(11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00 \(acumulados\).](#)

VII. SECCIÓN PRIMERA

9. Se decretó la pérdida de la investidura de concejal por haber participado en la discusión y aprobación del acuerdo que incorporó unos terrenos rurales como suelo urbano, siendo su hermana propietaria de uno de ellos.

Síntesis del caso: *Se solicitó la pérdida de la investidura del concejal del municipio de Zambrano (Bolívar) elegido para el período constitucional 2016-2019, por haber violado el régimen de conflicto de intereses previsto en los artículos 55 numeral 2° y 70 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994 y en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000.*

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES – Procedencia

Problema jurídico: *“El [...] concejal del Municipio de Zambrano (Bolívar) para el período 2016-2019, violó el régimen de conflicto de intereses, causal de pérdida de investidura por virtud de los artículos 55 numeral 2° y 70 de la Ley 136 y 48 numeral 1° de la Ley 617, al participar y dar su voto favorable a la aprobación del proyecto que se convertiría en el Acuerdo 002 de 21 de febrero de 2016, acto administrativo en el cual se incorporó como suelo urbano cierta porción de terreno rural, requerido, según el mismo, para la construcción de parques ecológicos, de canales de recolección de aguas fluviales, de viviendas de interés social y de interés prioritario, de canchas deportivas, así como la legalización de asentamientos humanos.”*

Tesis: “[L]a señora (...) era propietaria del predio identificado con la matrícula inmobiliaria 062-2404, con base en la cual se abrieron las matrículas inmobiliarias 062-36224 y 062-36225, al momento en que se encontraba en discusión y aprobación el proyecto que dio origen al Acuerdo 002 de 21 de febrero de 2016, acto administrativo en el cual se incorporó como suelo urbano cierta porción de terreno rural, requerido, según el mismo, para la construcción de parques ecológicos, de canales de recolección de aguas fluviales, de viviendas de interés social y de interés prioritario, de canchas deportivas, así como la legalización de asentamientos humanos. [L]os señores [concejal] y (...) son hermanos y se encuentran en el segundo grado de parentesco de consanguinidad. Dicho inmueble sería empleado para la ejecución de un proyecto de vivienda de interés prioritario denominado «[...] Urbanización San Carlos [...]», de acuerdo con lo expuesto en la Resolución 013 de 4 de agosto de 2016, acto administrativo por medio del cual se le otorgó a la señora (...) la respectiva licencia de construcción para desarrollar dicho proyecto, (...). El mencionado inmueble fue incorporado como suelo urbano por el Acuerdo 002 de 21 de febrero de 2016, como puede evidenciarse del contenido de la Resolución 313 de 19 de mayo de 2016, del registro del acto administrativo en la matrícula inmobiliaria 062-2404, anotación 16, y del contenido de ese acuerdo. Al concejal (...) por lo tanto, le asistía una razón subjetiva que lo tornaba parcial en cuanto la aprobación del proyecto que dio origen al Acuerdo 002 de 21 de febrero de 2016; proyecto de acuerdo que beneficiaba a su hermana (...), quien, para la fecha de los hechos, era propietaria de uno de los inmuebles que resultaron incorporados como suelo urbano en el mencionado acto administrativo. (...) Visto lo anterior, el interés del concejal demandado resulta directo, actual y personal (...) No puede decirse, entonces, que el demandado actuó con la diligencia debida, pues está establecido en este proceso que no obstante, que ha debido conocer que el predio de su hermana (...) se vería beneficiado por el Acuerdo 002 de 2016, no se declaró impedido para participar en los debates y votaciones que dieron lugar a la aprobación del mencionado acto administrativo, transgrediéndose así, el artículo 70 de la Ley 136 (...) La conducta descrita corresponde, según el citado artículo 63, a la falta de cuidado que los hombres emplean ordinariamente en los negocios propios.”

Nota de Relatoría: En la sentencia también se analizó el valor probatorio de las declaraciones extraprocesales realizadas de manera colectiva, así como las formalidades del interrogatorio.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de diciembre de 2018, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 13001-23-33-000-2016-01192-01\(PI\).](#)

10. A la demanda debe acompañarse el original o la copia integral y auténtica de todos los actos administrativos cuya nulidad se pretende.

Síntesis del caso: *El Consorcio Fidufosyga 2005 presentó demanda cuestionando la legalidad de unas resoluciones expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante las cuales fue sancionado pecuniariamente. El proceso correspondió por reparto a la Sección Primera Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. La demanda fue inadmitida para que subsanara allegando el original o copia integral y auténtica de los actos administrativos cuestionados. El demandante solicitó al Tribunal que oficiara a la Superintendencia Nacional de Salud para que remitiera las resoluciones en la forma solicitada, anexando la petición que elevó ante esa entidad en el mismo sentido. La demanda fue rechazada por no haber sido subsanada, decisión contra la que se interpusieron los recursos de reposición y, en subsidio, de apelación. El recurso de reposición fue negado, y concedido el de apelación.*

INADMISIÓN DE LA DEMANDA – Por no anexarse copia íntegra y auténtica de los actos acusados / ANEXOS DE LA DEMANDA - Obligación de aportar el original o la copia auténtica de los actos demandados / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Configuración / RECHAZO DE LA DEMANDA – Procedencia

Problema jurídico: *¿Se debe revocar la decisión de primera instancia que rechazó la demanda por no haber sido subsanada en la forma indicada por el Tribunal, esto es, aportando el original o copias auténticas de los actos acusados o, por lo menos, sustentar las razones por las cuales no le era posible allegarlos en la forma solicitada? ¿Puede considerarse que las copias requeridas por el Tribunal, que debieron ser anexadas con la demanda, cuando finalmente fueron allegadas, se presentaron oportunamente?*

Tesis: “[N]o se aportaron con la demanda las copias auténticas de los actos acusados ni se afirmó bajo la gravedad de juramento la imposibilidad de obtenerlos, incumpliendo de esta forma lo señalado por el artículo 78 del Código General del Proceso (...). [L]a última resolución acusada, esto es, la número 001774 del 9 de septiembre de 2014, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 002036 del 6 de julio de 2012, fue notificada al Consorcio Fidufosyga el 23 de septiembre de 2014, por lo que, en principio, el plazo para demandar se vencía el 26 de enero de 2015 (día hábil ya que el 24 de enero fue sábado). (...) Comoquiera que la solicitud de conciliación fue radicada el 22 de enero de 2015, es decir, faltando 4 días calendario para que expirara el término para demandar y la constancia de fallida fue expedida el 22 de abril de 2015, se suspendió el término de caducidad por el plazo de tres (3) meses. Por lo tanto, el actor tenía hasta el 28 de abril de 2016 para radicar la demanda (días hábiles 23, 24, 27 y 28). Dado que ésta fue radicada el 23 de abril de 2015 se colige que se presentó en término; sin embargo, como las copias requeridas por el Tribunal, que debieron ser anexadas con la demanda, solo fueron allegadas una vez rechazada, es decir, cuando había fenecido con suficiencia el plazo de cuatro meses para demandar, esto es, el 19 de junio de 2015 y solicitadas a la entidad el 19 de mayo del mismo año, se desprende que dicha carga se cumplió extemporáneamente. Por lo explicado y atendiendo a que correspondía a la parte actora aportar con la demanda los respectivos anexos de los actos acusados o, por lo menos, sustentar las razones por las cuales no le era posible allegarlos en la forma solicitada por el Tribunal, máxime cuando el derecho de acción está sometido a unos términos que son perentorios y preclusivos, ello deviene de manera inexorable a que fuera rechazada, en tanto no fue debidamente subsanada luego de inadmitida, motivos por los que la Sala confirmará el auto apelado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 10 de diciembre de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 25000-23-41-000-2015-00849-01.](#)

VIII. SECCIÓN SEGUNDA

11. **A empleado público de carrera administrativa de la “Comisión Nacional de Televisión – CNTV”, con ocasión de la liquidación de la entidad, le fue negada su reincorporación en la nueva planta de personal de la “Autoridad Nacional de Televisión – ANTV”.**

Síntesis del caso: *El demandante ingresó a laborar en la CNTV el 9 de diciembre de 2009 y ocupó el cargo de profesional I, Código 3110975 (Grado 11), con inscripción en carrera administrativa, hasta el 10 de abril de 2013, como consecuencia de la liquidación de la entidad ordenada por la Ley 1507 de 2012. El cargo que ocupaba estaba adscrito a la Secretaría General, Área de Archivo y Correspondencia; y las funciones que cumplió estaban relacionadas con la coordinación y planeación de la función archivística de la entidad. El demandante presentó petición el 25 de junio de 2013 ante la ANTV para que se le reincorporara a la nueva planta de personal en el cargo de profesional Código 3110975, Grado 11. Sin embargo, se negó la solicitud con el argumento de que la entidad competente para tramitarla era la Comisión Nacional de Servicio Civil (CNSC) y, además porque no existía empleo en la planta de personal homologable, al desempeñado por el demandante en la CNTV. En consecuencia, el señor (...) demandó la nulidad de la comunicación en la que le negaban la reincorporación solicitada y a título de restablecimiento del derecho, solicitó fuese reincorporado o reubicado en la planta de personal de la “Autoridad Nacional de Televisión – ANTV”.*

MARCO JURÍDICO DEL PROCESO DE ELIMINACIÓN DE LA CNTV Y DE LA CREACIÓN DE LA ANTV – Incorporación y reincorporación a la nueva planta de la ANTV / FUNCIONARIOS NO INCORPORADOS Y NO REINCORPORADOS - Indemnización

Problema jurídico: *¿El empleado de carrera administrativa, tenía derecho preferencial de incorporación directa a la nueva planta de personal de la ANTV, como consecuencia de la eliminación de la CNTV?*

Tesis: “Como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de plantas de personal, los empleados públicos tienen derecho a la incorporación, la reincorporación o a la indemnización, sin embargo, estos tres eventos son excluyentes entre sí. [...] [L]a incorporación (...) debe ocurrir cuando: (i) las funciones de un cargo de una entidad suprimida subsisten en la nueva planta de la entidad receptora que asume la competencia de aquella entidad, así el nuevo cargo que haya asumido las funciones cambie de nomenclatura, o, (ii) exista en la nueva planta de personal para el momento de la supresión del cargo otro empleo igual o equivalente. Dicha decisión procede de oficio o recae en la comisión de personal de la entidad por reclamación que efectúe el trabajador, de conformidad con el artículo 29 del Decreto 760 de 2005, en concordancia con el literal d) del artículo 16 de la Ley 909 de 2004. [...] La reincorporación, (...) habilita al empleado retirado que no fue vinculado de forma directa en la nueva planta, para optar por una incorporación en un cargo equivalente al suprimido, para lo cual la CNSC debe proferir decisión máximo dentro de los seis meses a la notificación de la supresión del cargo si llegare a existir otro empleo

equivalente en la planta del ente que asumió las competencias de la liquidada, en cualquiera del sector administrativo al que pertenecía la entidad o en otra de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial. [...] Corolario de lo anterior, se tiene que los empleados inscritos en carrera administrativa, involucrados en el proceso de supresión como consecuencia de la eliminación de la CNTV tenían derecho a que la ANTV los incorporara de forma preferencial a la nueva planta de personal, siempre y cuando demostraran: (i) que las funciones que desempeñaban en la CNTV subsistían en la nueva planta de personal, así hubiese cambiado la nomenclatura del empleo que las desempeña, o (ii) que existía un cargo igual o equivalente en la entidad que asumió las funciones de la antigua, al momento de la supresión. [...] Todo lo anterior, permite desvirtuar el argumento del recurrente, sustento de la apelación, según el cual la ley vigente de carrera no le permitió acudir directamente a la ANTV para ejercer su derecho preferencial a ser incorporado [...]. En el expediente no obra ninguna solicitud o reclamación del demandante sobre el derecho preferencial a ser incorporado en la nueva planta de personal de la ANTV presentada al momento en que se le notificó el acto supresor del empleo ni antes del 10 de abril de 2013, fecha en la que ocurrió su retiro definitivo, lo cual es entendible por cuanto la planta de personal de la mencionada entidad se creó con posterioridad a la fecha del retiro del servicio. [...] [L]a Autoridad Nacional de Televisión explicó puntualmente al demandante las razones que antecedían las circunstancias de modificación de la nomenclatura de los cargos de la nueva planta de personal, las cuales obedecieron a las necesidades del servicio encomendado a esa agencia nacional estatal, los recursos presupuestales asignados y el marco de la gestión institucional, lo cual generó que los empleos al interior de la estructura de dicha entidad fueran diferentes a los que existían en la CNTV, en lo relativo a las funciones y los salarios para ellos previstos. [...] Colofón de lo expuesto, (...) en la estructura funcional de la planta de dicha Autoridad no se encontraba previsto el manejo de la documentación pues tal actividad se encargó a terceros externos y ésta, justamente era el área en la que demandante prestaba sus servicios cuando laboraba en la CNTV. [...] (Al) demandante, a quien a pesar de no habersele podido reubicar o reincorporar -por la extinción de sus funciones al interior de la planta de personal de la entidad que sucedió a la Comisión extinta-, se le reconoció la indemnización por supresión del cargo. [...] Por lo tanto, (...) se cumplieron a cabalidad las garantías previstas por la Ley 909 de 2004, norma ésta que era totalmente aplicable a su situación, al ser el régimen legal general regulatorio de todas las circunstancias puntuales y específicas en caso de supresión de cargos de carrera administrativa”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 14 de febrero de 2019. C.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2013-05357-02 \(3698-2015\).](#)

12. Se revocó medida cautelar de suspensión provisional de la actuación administrativa que adelanta la CNSC con ocasión de la convocatoria 428 de 2016, para proveer los empleos vacantes de 13 entidades del Sector Nación.

Síntesis de caso: *Se solicitó la revocatoria de la medida cautelar que decretó la suspensión provisional de la actuación administrativa del CNSC en la convocatoria 428 de 2016, por la cual se adelanta el concurso de méritos para proveer las vacantes en 13 entidades del orden nacional.*

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DEL CNSC EN LA CONVOCATORIA 428 DE 2016 PARA PROVEER LOS EMPLEOS VACANTES DE 13 ENTIDADES DEL SECTOR NACIÓN – Revocación / NO SUSCRIPCIÓN DEL ACTO DE CONVOCATORIA A CONCURSO DE MÉRITOS POR JEFE DE LA ENTIDAD BENEFICIARIA

Problema jurídico: *¿“Procede o no la suspensión provisional de una actuación administrativa que se adelanta con ocasión del concurso público de méritos para proveer en propiedad varios empleos de carrera en 13 Entidades del Sector Nación, convocado mediante Acuerdo 20161000001296 de 29 de julio de 2016, [proferido en el marco de la Convocatoria 428 de 2016] por el hecho de que la convocatoria sólo fue suscrita por la CNSC.”?*

Tesis: “Precisa la Sala que pese a que el acto administrativo demandado, por el cual se dispuso adelantar el Concurso Abierto de Méritos para proveer los empleos vacantes de 13 Entidades del Sector Nación y se establecieron las reglas del mismo, fue suscrito únicamente por el Presidente de la CNSC, lo cierto es que estuvo precedido de una etapa de planeación en la que se revisaron y acordaron de manera conjunta y coordinada los diferentes aspectos de la convocatoria. En consecuencia, prospera el recurso de súplica interpuesto por la CNSC y varios de sus coadyuvantes, contra el auto de 23 de agosto de 2018, en virtud del cual se decretó la suspensión provisional de la actuación administrativa que la CNSC venía adelantando, con ocasión del concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de 13 Entidades del Sector Nación, Convocatoria 428 de 2016, por considerar que se desconoció el artículo 31 de la Ley 909 de 2004”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto de 7 de marzo de 2019, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 11001-03-25-000-2017-00326-00\(1563-17\).](#)

13. Se negó la nulidad del Acuerdo número 534 de 2015 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por medio del cual se convocó al concurso de méritos número 326 de 2015, para proveer los empleos de carrera administrativa vacantes en el DANE.

Síntesis de caso: *El Acuerdo 534 del 10 de febrero de 2015, que convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, convocatoria No. 326 de 2015 DANE, fue suscrito por el presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, pero no por el jefe de la entidad beneficiaria del concurso de méritos.*

NO SUSCRIPCIÓN DEL ACTO DE CONVOCATORIA A CONCURSO DE MÉRITOS POR JEFE DE LA ENTIDAD BENEFICIARIA - No es requisito de existencia y validez / PRINCIPIO DE COORDINACIÓN –Aplicación

Problema jurídico: *“Si por el hecho de encontrarse el Acuerdo 534 del 10 de febrero de 2015 (Convocatoria 326 de 2015), suscrito (firmado) por el presidente (e) de la Comisión Nacional del Servicio Civil y no por el director del DANE, se vulneran los artículos 2, 6, 29 y 209 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 ...”*

Tesis: “Para efectos de la construcción misma del proceso de convocatoria a concurso de méritos se hace necesaria la participación activa de la entidad beneficiaria del mismo, como expresión del principio de coordinación a que se refiere el artículo 209 Superior. Por lo que, tratándose de la emanación del acto administrativo que contiene dicha convocatoria, como lo ha dicho la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, tanto la CNSC como la entidad beneficiaria deben “*agotar una etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional por las implicaciones administrativas y presupuestales que ello comporta*”, conducente a la suscripción final del acto que la

incorpora, lo que como se dijo se puede materializar mediante la emanación que profiera la mencionada Comisión con la concurrente firma de la entidad beneficiaria para formalizar su manifestación de voluntad. No obstante, la ausencia formal de este requisito puede subsanarse, de tal manera que la voluntad de la entidad beneficiaria pueda ser verificada a través de otros medios probatorios encaminados a demostrar su participación e intervención en el *iter* administrativo que culminó con la convocatoria pública, como de hecho ocurriera en el caso estudiado. A esta conclusión se debe arribar en la medida en que tanto desde el punto de vista del Derecho Administrativo como Constitucional no ofrece controversia alguna el hecho de sostener que la firma por parte de la entidad beneficiaria del concurso no se erige como requisito *sine qua non* para la existencia y validez del acto administrativo que incorpora la convocatoria a concurso de méritos, por cuanto que no tiene poder suficiente para perturbar su legalidad, siendo por tanto un elemento para ser tenido en cuenta al momento de auscultar su eficacia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 31 de enero de 2019, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2016-01017-00\(4574-16\).](#)

14. Para el reconocimiento de la pensión gracia debe computarse el tiempo de servicio prestado en calidad de docente, que lo otorga la naturaleza de las funciones desempeñadas.

Síntesis de caso: *La administración niega el reconocimiento de la pensión gracia por considerar que el peticionario no cumple con el requisito de la vinculación al servicio docente con anterioridad 31 de diciembre de 1980, pues, el cargo de auxiliar de educación desempeñado en ese periodo, no se encuentra enlistado en la ley como beneficiario de la prestación.*

PENSIÓN GRACIA - Vinculación docente antes del 31 de diciembre de 1980 / AUXILIAR DE EDUCACIÓN – Es un cargo docente / CALIDAD DE DOCENTE - Lo otorga la naturaleza de las funciones / PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL FORMAL

Problema jurídico: *“A la demandante le asiste razón jurídica para reclamar de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) el reconocimiento de la pensión gracia en cumplimiento de los requisitos exigidos por las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933 y demás normas que la regulan, o por el contrario, carece de fundamento, pues su vinculación fue posterior al 31 de diciembre de 1980, dado que la que tuvo con anterioridad no es susceptible de ser tenida en cuenta por haber desempeñado un cargo administrativo [auxiliar de educación], como lo aducen la accionada y el a quo.”*

Tesis: *“Concluir que el solo hecho de que el cargo que desempeñó la actora con antelación al 31 de diciembre de 1980 no era docente, sino auxiliar de educación, tiene la virtud de desestimar las funciones que ejercía en el ramo educativo y, por consiguiente, el interregno así laborado no resulta apto para reconocerle la prestación social deprecada, contraría el principio de la primacía del derecho sustancial sobre el formal, pues se desconocería la realidad del trabajo que realizó la demandante para esa época, con el pretexto de que su cargo no está consignado en la ley como de aquellos a los que les es otorgada la pensión gracia, habida cuenta que el propósito del legislador al crear esa prestación fue equilibrar la desigualdad salarial que se presentaba entre las personas que desarrollaban la docencia con vinculaciones territoriales y nacionalizadas y las que lo hacían bajo incorporaciones nacionales, cuya remuneración era mayor, sin limitar dicha prerrogativa a un grupo específico de*

docentes, ya que lo que adquiere relevancia para su concesión, entre otros presupuestos, es la naturaleza de las funciones que el interesado en adquirirla desempeñaba (labores de enseñanza). Así las cosas, esta Sala concluye que la accionante satisfizo la condición de haberse vinculado a la docencia oficial antes del 31 de diciembre de 1980, dado que prestó sus servicios de enseñanza al municipio de Santa Ana del 12 de febrero de 1980 al 27 de febrero de 1981.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 24 de enero de 2019, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 47001-23-33-000-2014-00088-01\(3208-16\).](#)

15. Se negó el reconocimiento y pago del seguro de vida de que trata la Ley 136 de 1994, a familiares de concejal fallecido durante el periodo de su mandato, toda vez que no se cumplió la condición establecida en el siniestro en caso de deceso del asegurado.

Síntesis del caso: *El señor Heriberto de Jesús Avendaño, fue elegido concejal para un período de 3 años, contados desde el 1 de enero de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2003, siendo designado presidente del Concejo, en primer año de mandato. Durante el ejercicio de ese cargo, asistió regularmente a las sesiones de la corporación pública hasta el 16 de junio de 2001, fecha en la que falleció. Para ese entonces, el concejal se le estaba realizando un tratamiento en el Instituto de Seguros Sociales, a causa de la leucemia que padecía; sin embargo, en su historia clínica consta que su muerte ocurrió por una causa diferente a esa enfermedad, pues sufrió una insuficiencia renal aguda, según lo certificó el médico. Sus deudos solicitaron a la Alcaldía se fuese reconocido el seguro de vida de su padre, pues, de conformidad con la Ley 136 de 1994, los concejales tienen derecho a este; sin embargo, el secretario de gobierno le informó que la Compañía Suramericana de Seguros no lo afilió en la póliza individual ni colectiva a causa de la preexistencia de diabetes.*

OMISIÓN EN CONSTITUIR LA PÓLIZA DEL SEGURO DE VIDA DE CONCEJALES / SEGURO DE VIDA DE CONCEJALES – Reconocimiento por ocurrencia del siniestro

Problema jurídico: *¿Los demandantes tienen derecho al reconocimiento del seguro de vida de que tratan los artículos 65 y 68 de la Ley 136 de 1994, a causa de la muerte del su señor padre, en su condición de concejal, pese a no estar incluido en la póliza general o individual correspondiente?*

Tesis: “Las normas aludidas [artículos 65 y 68 de la Ley 136 de 1994] consagran un seguro de vida a favor de los concejales que «concurran ordinariamente a las sesiones de la corporación» y la obligación de contratarlo recae en el alcalde del municipio, previa autorización por parte del Concejo, lo cual se debe hacer con cualquier compañía aseguradora, y debe cubrir el período durante el cual fueron elegidos. En todo caso, el artículo 68 de la Ley 136 de 1994, establece que el hecho de que el miembro del Concejo se ausente por lo menos la tercera parte de las sesiones programadas en cada período mensual, le excluye de ese beneficio, entre otros. (...) el hecho de que la administración hubiera omitido constituir la póliza de seguro de vida a favor de un concejal, no le da, de por sí, a sus beneficiarios, el derecho al reconocimiento de la suma derivada del artículo 68 de la Ley 136 de 1994, pues, como la contingencia que pretende garantizar el seguro de vida allí establecido, debe estar relacionada en forma directa con el ejercicio del cargo, es indispensable que, incluso, de no haberse constituido la póliza, se demuestre que la muerte ocurrió por razones relacionadas con el servicio, de lo contrario, no procede reconocimiento alguno. Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta que las pruebas allegadas al proceso demuestran que la

muerte del [causante] se produjo por causa natural, como bien se señaló en el acta de defunción, y no por una razón atribuible al servicio que prestó como concejal del municipio de Santa Rosa de Osos, no es viable conceder suma alguna por concepto del seguro de vida pretendido.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 28 de noviembre de 2018. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 05001-23-31-000-2002-02565-01 \(0863-14\).](#)

16. El Consejo de Estado – Sección Segunda, declaró la nulidad del inciso final del artículo 11 de la Resolución número 043 de 2006 de la Contraloría General de la República, expedida por el Contralor General de la República, en lo referente a la expresión: «Se delega la facultad de suscribir la convocatoria en el Gerente del Talento Humano y en el Director de Carrera Administrativa.» y como consecuencia de no producir efecto alguno tal norma desde el momento mismo de su expedición y promulgación por su desaparición del ordenamiento jurídico, la consecuencia que de ello se siguió fue declarar también la nulidad de las Convocatorias números 001 a 006 de 2013 del Concurso Abierto de Méritos 2013 de la Contraloría General de la República.

Síntesis del caso: “Con ocasión de que la Corte Constitucional, mediante sentencia C - 284 de 2011, dispusiera que el cargo de Director Grado 03 era de carrera administrativa, la Contraloría General de la República - CGR adelantó las convocatorias 01 al 06 de 2013 dentro del concurso abierto de méritos 2013-2014 para proveer cargos de carrera administrativa en los niveles directivo y asesor, y para tal efecto, celebró el Convenio No. 452 de 2013 con la ESAP. [...] El Contralor delegó la facultad de suscribir las convocatorias en la Gerencia de Talento Humano y la Dirección de Carrera Administrativa. [...] Por decisión del Consejo Superior de Carrera Administrativa de la CGR, se excluyeron algunos perfiles profesionales, se integraron otros y se establecieron algunos requisitos para desempeñar los cargos de Director Grado 03. [...] El Consejo Superior de Carrera Administrativa cambió el requisito de experiencia relacionada por el de experiencia específica, además de incluir dos cargos directivos más para la Dirección de Apoyo Técnico al Congreso y para la Dirección de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico, y también modificó las fechas de la convocatoria demandada.”

MODIFICACIÓN DE LOS PERFILES DE LAS CONVOCATORIA PUBLICAS PARA EMPLEOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA – Competencia / DERECHO A LA IGUALDAD EN CONVOCATORIAS PÚBLICAS PARA EMPLEOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA – Alcance / MODIFICACIÓN DEL CRONOGRAMA PARA LA REALIZACIÓN DE LAS CONVOCATORIAS PÚBLICAS PARA EMPLEOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA – No vulnera el derecho a la igualdad / DELEGACIÓN POR PARTE DEL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA SUSCRIBIR CONVENIOS CON OTRAS ENTIDADES PARA LA REALIZACIÓN DE LAS CONVOCATORIAS PÚBLICAS PARA EMPLEOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA – Carácter restrictivo de esa facultad.

Problema jurídico 1: *¿Las convocatorias cuestionadas fueron expedidas sin competencia por parte del Consejo Superior de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República y con violación directa de las normas constitucionales, convencionales y legales por: excluir algunos de los perfiles profesionales establecidos para el desempeño de los cargos de Director Grado 03; violado el derecho a la igualdad y restringido el acceso a los cargos convocados; adoptado esa decisión con fundamento en un estudio adelantado por la Gerencia de Talento Humano que carece de soporte técnico que justifique la exclusión de algunos perfiles profesionales, haber*

cambiado el requisito de "experiencia relacionada" por el de "experiencia específica", por haber modificado las fechas de las convocatorias y haber incluido dos cargos directivos más para las Direcciones de Apoyo Técnico al Congreso y de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico y, haber delegado por vía general e Contralor General de la República en la Gerencia de Talento Humano y la Dirección de Carrera Administrativa de la Contraloría la facultad de expedir y firmar las convocatorias?

Tesis 1: “Respecto a los perfiles profesionales que fueron materia de las convocatorias, el órgano competente está en la facultad de priorizar aquellos que considere razonadamente que son los que demanda la entidad para su funcionamiento, para lo cual, se basa en criterios objetivos que consulten la naturaleza de los empleos a partir de estudios técnicos y dentro del marco de las funciones y la misión de la entidad y de las áreas específicas de desempeño. [...] [L]os elementos analizados en el estudio de los empleos de Director Grado 03 efectuado en la sentencia C-284 de 2011 de la Corte Constitucional, se corresponden con la orientación seguida en la definición de los perfiles profesionales requeridos para proveer los empleos convocados, conforme a la estructura de la entidad y las funciones de las respectivas dependencias a las que esos empleos pertenecen. [...] En lo que respecta al tipo de experiencia exigida, la Sala encuentra razonable (...) que más que la evaluación de conocimientos específicos de cada perfil profesional, lo que se buscó a través del concurso fue evaluar el desempeño de los aspirantes precisamente en la demostración de las habilidades y competencias que se orientarán a conseguir el logro de los resultados institucionales. [...] En conclusión, fue justificada la exclusión de perfiles profesionales que a criterio del Consejo Superior de Carrera Administrativa no estuvieron acordes a los fines misionales de la entidad. [...] [N]o se configura una vulneración al principio de igualdad ni se desatendió el consecuente derecho a que éste fuera garantizado, como quiera que el Consejo Superior de Carrera Administrativa estableció en las convocatorias las normas o reglamentos generales con arreglo a los cuales se desarrolló el concurso o proceso de selección por mérito para proveer empleos de carrera, con la aplicación de las diferentes etapas y el desarrollo y evaluación de las pruebas establecidas en condiciones de igualdad para todos las personas que fueron admitidas al correspondiente proceso. [...]. [E]l juicio de igualdad solo debe realizarse entre quienes una vez inscritos en las convocatorias participaron en el respectivo proceso, y no entre éstos y quienes no se presentaron o no fueron admitidos por no reunir una o varias de las condiciones determinadas en dichas convocatorias. [...]. Con respecto a la fecha de convocatoria, entiende la Sala que la misma tuvo que modificarse en virtud del fallo de la Corte Constitucional mediante sentencia C-284 del 13 de abril de 2011 que declaró la inexecutable de la expresión "Director Grado 03" del artículo 3 del Decreto Ley 268 de 2000, razón por la cual el cargo pasó a ser de carrera administrativa. En consecuencia, podía acarrear inconvenientes para la entidad si se continuaba con la convocatoria sin realizar un estudio juicioso de los efectos de dicho fallo dentro de su proceso de selección. De ahí que resultara conveniente aplazar la fecha de las convocatorias del nivel directivo y asesor para evitar una nulidad sobreviniente. [...] [C]onsidera la Sala que la publicación se realizó a tiempo y con los medios adecuados (...) dando a conocer las situaciones que conllevaron a su aplazamiento. [...]. Con respecto a la inclusión de dos cargos más del nivel directivo, encuentra (...) que la decisión tomada por parte de la administración fue coherente con el fallo mencionado, toda vez que incluyó tanto los empleos de Director grado 3 que creó el estatuto anticorrupción como los que existían con anterioridad. De haberse realizado de otra manera, se habría transgredido los principios de igualdad, de acceso a los cargos públicos y de mérito. [...] [Q]uien expidió los actos administrativos demandados no fue competente para hacerlo es decir, no fue el Consejo Superior de Carrera Administrativa sino la Gerencia de Talento Humano y la Dirección de Carrera Administrativa, previa delegación del Contralor General de la República. [...] . [L]a delegación realizada por el Contralor General de la República (...) no fue legalmente efectuada (...) en consideración el carácter restrictivo que rige la interpretación constitucional y legal en materia de delegación. [...] [L]a Sala encuentra que no hay norma de rango legal que

habilite al Contralor General de la República para trasladar «la facultad de suscribir la convocatoria en el Gerente de Talento Humano y en el director de Carrera Administrativa» ni en otro funcionario de la entidad. [...]».

ESCUELA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – ESAP. Establecimiento público del orden nacional de carácter universitario facultado para la realización de concursos públicos para proveer empleos de carrera administrativa

Problema jurídico 2. “El Convenio interadministrativo No. 452 de 2013 celebrado entre la Contraloría General de la República y la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, el cual tuvo por objeto adelantar el proceso de selección de personal por el sistema de concurso abierto de méritos para la provisión de 26 cargos del nivel directivo y 2 del nivel asesor del sistema de carrera administrativa especial de ese organismo de control, contravino o no el artículo 25 del Decreto Ley 268 de 2000. [...] se debe establecer si en su celebración se contravino o no lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto Ley 268 de 2000, en donde se prescribe que la elaboración y aplicación de pruebas o instrumentos de selección deberán estar a cargo de universidades públicas previa suscripción de los convenios o contratos interadministrativos respectivos, por cuanto la ESAP no es una universidad pública sino un establecimiento público nacional adscrito al Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP.”

Tesis 2: “[L]a ESAP no carece de ningún elemento de los exigidos por la ley para desarrollar los concursos, por cuanto es una universidad pública según lo expresan los artículos 1 y 2 del Decreto 219 de 2004. En esa medida, la ESAP no tenía impedimentos para celebrar con el fin de desarrollar procesos de selección como el convocado por la Contraloría General de la República [...] [E]l artículo 24 de la Ley 443 de 1998, sobre concursos generales abiertos, señala que la ESAP directamente o mediante contratación con entidades especializadas podrá realizar concursos generales para proveer empleos de carrera administrativa de las entidades del orden nacional. [...] Las disposiciones aquí relacionadas son suficientes para comprobar que la ESAP ostenta la condición de institución estatal u oficial de educación superior, pese a que su organización sea la de un establecimiento público y no la de ente universitario autónomo. [...] [R]eúne las condiciones y los requisitos exigidos en el artículo 25 del Decreto Ley 268 de 2000 en cuanto a la elaboración y aplicación de pruebas o instrumentos de selección, las cuales deben ser practicadas por parte de las universidades públicas, el cual no fue vulnerado con la celebración del convenio interadministrativo demandado. [...] En cuanto al efecto de esta decisión, el mismo es de carácter inmediato respecto de las situaciones jurídicas particulares no consolidadas al momento de quedar en firme esta sentencia; asimismo, la decisión adoptada no afecta las situaciones jurídicas particulares que se encuentren consolidadas en la misma oportunidad, esto es, aquellas cuyos plazos para ser demandadas judicialmente se encuentran vencidos, conforme a las normas legales aplicables como resultado de la ejecutoria y ejecutividad de los actos administrativos particulares y concretos”. [...] La presente sentencia de nulidad tendrá los siguientes efectos: a) *Ex nunc*, o hacia futuro, respecto de aquellos participantes que fueron incluidos en listas de elegibles o que fueron nombrados en período de prueba o en propiedad en los cargos de Asesor Grado 1 y Director Grado 3 de las Convocatorias números 001-13, 002-13, 003-13, 004-13, 005-13 y 006-13 del Concurso Abierto de Méritos 2013-2014 de la Contraloría General de la República. b) *Ex tunc*, o con efectos retroactivos desde la expedición y promulgación de la Resolución 043 de 2006 de la Contraloría General de la República, en lo referente al inciso final del artículo 11, respecto de las convocatorias que se encuentren pendientes de elaborar y suscribir en concursos que se hayan iniciado con posterioridad a los que se declaran nulos en esta sentencia para cuya expedición no se podrá aplicar el aparte normativo anulado de la resolución”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 15 de noviembre de 2018. C.P. Gabriel Valbuena Hernández 11001-03-25-000-2014-00203-00\(0521-14\).](#)

IX. SECCIÓN TERCERA

16. La Sala Plena de la Sección Tercera reiteró posición jurisprudencial respecto al cómputo de caducidad en la acción de reparación directa que determinan la responsabilidad por lesiones corporales.

Síntesis del caso: - *El demandante quien fungía como escolta del Departamento Administrativo de seguridad -DAS- se encontraba en el cumplimiento de su deber de escolta del Rector de la Universidad Libre Sede Cúcuta, se iba movilizandando en un vehículo junto con otras personas cuando fue atacado por hombres con armas de fuego, ataque que le provocó lesiones corporales.*

CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA EN CASOS DE LESIONES PERSONALES - Conocimiento del daño / CADUCIDAD - Cómputo del término puede variar en los casos en los que no hay certeza del daño o no se sabe en qué consiste la lesión o esta se manifiesta después

Problema jurídico: *¿Cómo debe efectuarse el cómputo del término de caducidad en los casos que no hay certeza del daño o no se sabe en qué consiste la lesión?*

Tesis: “[L]a parte demandante debe demostrar cuándo conoció el daño, y, si es pertinente, la imposibilidad de haberlo conocido en el momento de su causación, por lo que el juez debe estudiar lo ocurrido en cada caso y determinar la fecha en la cual comenzó a correr el término para demandar. En estas condiciones, la fecha de conocimiento sobre la magnitud del daño, a través de la notificación del dictamen proferido por una Junta de Calificación de Invalidez no puede constituirse, en ningún caso, como parámetro para contabilizar el término de caducidad, por cuanto: El dictamen proferido por una junta de calificación de invalidez no comporta un diagnóstico de la enfermedad o de la lesión padecida por una persona, pues la junta se limita a calificar una situación preexistente con base en las pruebas aportadas, entre las cuales se destaca la historia clínica del interesado; además, la junta puede ordenar la práctica de exámenes complementarios para determinar aspectos necesarios que inciden en la valoración de cada caso concreto. Su función es la de calificar la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen, es decir, establecer la magnitud de una lesión respecto de la cual el afectado directo tiene conocimiento previo, en función de la capacidad laboral de la víctima, por tanto, no constituye criterio que determine el conocimiento del daño, elemento que importa para el cómputo del término de la caducidad, pues se resalta que debe diferenciarse el daño de su magnitud, porque la caducidad tiene relación y punto de partida con el conocimiento del primero. (...) el cómputo de la caducidad en los casos de lesiones lo determina el conocimiento del daño, pero este puede variar cuando, por ejemplo, el mismo día del suceso no existe certeza del mismo, no se sabe en qué consiste la lesión o ésta se manifiesta o se determina después del accidente sufrido por el afectado. En todo caso, la parte deberá acreditar los motivos por los cuales le fue imposible conocer el daño en la fecha de su ocurrencia. Los términos de caducidad no pueden interpretarse como una forma de negar el acceso a la administración de justicia, precisamente porque la limitación del plazo para instaurar la demanda -y es algo en lo que se debe insistir- está sustentada

en el principio de seguridad jurídica y crea una carga proporcionada sobre los ciudadanos para que participen en el control de actos que vulneran el ordenamiento jurídico o de hechos, omisiones u operaciones administrativas que les causen daños antijurídicos. (...) no es posible, so pretexto de aplicar un enfoque constitucional y los principios pro homine y pro actione, desatender la aplicación de normas de orden público que materializan el derecho fundamental constitucional del debido proceso, afectando de paso la seguridad jurídica, cuando lo que resulta procedente es la valoración de cada caso con sus particularidades concretas”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 29 de noviembre de 2018, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 54001-23-31-000-2003-01282-02\(47308\).](#)

17. No basta con que el recurrente manifieste no estar de acuerdo con la decisión recurrida, debe -además- señalar cuáles fueron los yerros o desaciertos en que incurrió el juez de primera instancia.

Síntesis del caso: *La Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación contra un fallo de primera instancia; no obstante, el recurso -pese a estar sustentado formalmente- careció de sustentación material, al no ser atacadas las razones expuestas por el a quo en primera instancia. Adicionalmente, en el recurso se cometieron yerros como confundir el nombre del demandante y fundamentar la supuesta falta de legitimación en la causa por pasiva en una norma que no era aplicable.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD – Trata de personas / RECURSO DE APELACIÓN – Indebida sustentación material

Problema jurídico: *¿Puede el juez de segunda instancia hacer análisis de asuntos no contenidos en los cargos formulados contra la decisión recurrida?*

Tesis: “Tal y como en reiteradas ocasiones lo ha señalado esta Subsección, el marco de la competencia del juez en segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida, razón por la cual, no basta con la simple interposición del recurso o con la manifestación general de no estar conforme con la decisión apelada, toda vez que quien tiene interés en que el asunto sea analizado de fondo debe señalar cuáles fueron los yerros o desaciertos en los que incurrió el juez de primera instancia al resolver la *litis* presentada. Así pues, si bien la Fiscalía General de la Nación sustentó formalmente su recurso de apelación, lo cierto es que, materialmente, los argumentos planteados en el mismo, no atacan las razones expuestas por el *a quo* en la sentencia de primera instancia. [...] Claramente el escrito que supuestamente contiene la impugnación, se edificó sobre la base de actuaciones y decisiones que no se relacionan con los hechos materia de litigio, en lo que a la Fiscalía General de la Nación se refiere y, como consecuencia obligada de ello, no posee correspondencia alguna con los argumentos que expuso el Tribunal de primera instancia para responsabilizar a la entidad, además de confundir el nombre de la persona que fue privada de la libertad con el demandante.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de enero de 2019, C. P. María Adriana Marín, radicación: 66001-23-31-000-2012-00271\(52663\).](#)

- 18. Consejo de Estado absolvió a la Fiscalía, por orden de detención preventiva de exfuncionario de la Gobernación de Boyacá que fue posteriormente revocada mediante sentencia absolutoria.**

Síntesis del caso: *El demandante fue vinculado por la Fiscalía General de la Nación por la presunta comisión del delito de celebración de contratos sin requisitos legales, por lo cual se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria, lo cual lo mantuvo privado de la libertad hasta que el proceso terminó en su favor con sentencia absolutoria al considerar que su conducta fue atípica.*

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - No configurada / CAUSAL EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD - Culpa exclusiva de la víctima / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Actuación de la víctima fue determinante en la causación del daño

Problema jurídico: *¿Incurrió la Fiscalía General de la Nación en responsabilidad administrativa con la detención preventiva del demandante debido a que fue absuelto de la conducta punible?*

Tesis: “[L]a conducta del imputado es susceptible de valoración para llegar a determinar si efectivamente es viable la responsabilidad de la administración en la privación injusta de la libertad o si la posibilidad de imputarle el daño se rompe con la existencia de una conducta de la propia víctima. (...) Dicho de otra manera, aun cuando aquí no se debate la responsabilidad penal ni se cuestiona la decisión de fondo proferida por la jurisdicción ordinaria, sí se advierte que las circunstancias en las que se presentaron los hechos que sirven de sustento a la demanda dan cuenta de varias situaciones que involucraron al procesado y mediaron para la imposición de la medida de aseguramiento que se tradujo en la restricción de su libertad. (...) la causa determinante del daño en el caso bajo estudio, no fue la actuación de la Fiscalía al imponer medida de aseguramiento al aquí demandante, sino justamente las irregularidades anotadas en precedencia -que involucran al aquí actor-, quien, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, dio lugar a la investigación que se adelantó en su contra y a las decisiones proferidas por la Fiscalía.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 03 de diciembre de 2018, C. P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación: 15001-23-31-000-2003-02611-01\(44520\).](#)

- 19. Sección Tercera precisó que cuando opera la caducidad del medio de control de controversias contractuales, no es procedente emitir un fallo de fondo así se configure una de las causales de anulación del laudo arbitral.**

Síntesis del caso: *El Estado celebró un convenio de operación de los servicios de telemedicina, con un plazo de tres años de ejecución, no obstante, se estableció una condición resolutoria por cambios en la legislación, lo que ocurrió con la sentencia de la Corte Constitucional C-979 de 1.º de diciembre de 2010, que declaró la inexecutable, con efectos retroactivos, del inciso 23, numeral 3.3, punto 3, del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007, con lo que surgió un impedimento legal para continuar con su ejecución y, en consecuencia, implicó su terminación. El Tribunal de Arbitramento declaró la nulidad absoluta del contrato, no obstante, había operado el fenómeno de la caducidad del medio de control de controversias contractuales.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES - No es una segunda instancia / CAUSAL 2 DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 1563 - Caducidad, falta de jurisdicción o de competencia

Problema jurídico 1: *¿A partir de qué momento se contabiliza la caducidad del medio de control de controversias contractuales frente a contratos sujetos a una condición resolutoria?*

Tesis 1: “En efecto, las partes acordaron que el convenio se resolvería por cambios en la legislación que le restaran obligatoriedad [...], hecho que se verificó con la sentencia C-979 de 1 de diciembre de 2010 que, con efectos retroactivos, retiró del ordenamiento legal el inciso 23, del numeral 3.3, punto 3, artículo 6 de la Ley 1151 de 2007 [...], que autorizó la suscripción del convenio para la operación de prestación de servicios de telemedicina [...]. Las providencias de constitucionalidad no vinculan a partir del día siguiente a la fecha de su expedición (que es conocida por medio del comunicado de prensa) sino a partir de la publicidad del texto íntegro de la sentencia, esto es, con la notificación por edicto. (...) La liquidación del contrato no fue realizada en la forma en que fue pactada (...), es decir, dentro de los 4 meses contados desde el día siguiente al acaecimiento de la condición que lo resolvió, el 25 de febrero de 2011, ni tampoco fue hecha de forma unilateral dentro de los 2 meses siguientes, por tal motivo el término para presentar la demanda debía contarse desde el momento en que se incumplió la obligación (...)”.

CADUCIDAD – Efectos / CADUCIDAD MEDIO DE CONTROL DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – Alcance / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Facultad oficiosa / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO – Siempre que se reúnan los presupuestos procesales

Problema jurídico 2: *¿El juez contencioso administrativo cuenta con la facultad oficiosa de declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal?*

Tesis 2: “La Sala ha reconocido la competencia del juez contencioso administrativo para declarar de oficio nulidad absoluta del contrato, aún cuando el artículo 87 del CCA original omitiera esa competencia, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo 78 del Decreto Ley 222 de 1983 y los artículos 1740 y 1742 del Código Civil. (...) Según la Sala Plena de esta Corporación, con base en el marco jurídico reseñado, la facultad del juez de lo contencioso administrativo para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal, encuentra su límite en dos condiciones: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, y que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

NULIDAD DE CONTRATO – No está sometida a la caducidad. Decisión no vinculante / OBITER DICTUM – No es vinculante

Problema jurídico 3: *¿La declaratoria de nulidad absoluta de un contrato está sometida al término de caducidad del medio de control de controversias contractuales?*

Tesis 3: “En efecto, desde la admisión de la demanda, el juez debe verificar si fue presentada en tiempo y podrá rechazarla si fue extemporánea (art 169 del CAPCA y 143 del CCA). Incluso puede declarar de oficio la caducidad en la sentencia, si la encuentra probada, aún cuando se hubiere admitido y tramitado el proceso hasta la fase del fallo (arts, 187 del CPACA y 164 del CCA). Así, aunque el artículo 87 del CCA y ahora el 141 del CPACA no hayan previsto como requisito para que el juez declare la nulidad absoluta del contrato, que no hubiere operado la caducidad, no significa que ese presupuesto procesal no deba ser satisfecho, para proferir una decisión en ese sentido. Omisión que se explica en que se trata de un presupuesto procesal, que se requiere para adoptar cualquier decisión de fondo” (...). Si bien, esta Sección en algunos pronunciamientos[s] ha indicado que la decisión de anular el contrato no está sometida al término de caducidad del medio de control, porque el ejercicio de una potestad difiere del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir el reconocimiento de una o varias pretensiones, este criterio no

es vinculante [*obiter dictum*]. En efecto, esas consideraciones no guardaron una relación estrecha y directa con la decisión adoptada [*ratio decidendi*], pues en ambas oportunidades la demanda fue presentada en tiempo, de manera que no constituyeron el motivo esencial de la resolución judicial que se tomó”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 3 de diciembre de 2018, C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 11001-03-26-000-2018-00011-00\(60716\).](#)

20. Se condenó al Estado por la ejecución extrajudicial de una menor de edad que fue presentada como guerrillera en la operación militar “Minerva”.

Síntesis del caso: *Una menor de edad se transportaba en una camioneta en compañía de seis personas en horas de la tarde del 9 de marzo de 2002. El conductor Parmenio Usme y alias “Chómpiras” iban en la parte delantera y cinco personas más se transportaban en el platón del vehículo. Al pasar por el puente Los Balsos, situado en la vía San Rafael – San Carlos (Antioquia), varios soldados del Batallón de Artillería No. 4 del Ejército Nacional les dispararon, causando la muerte a las cinco personas que viajaban en el platón de la camioneta, incluida la menor de edad. La parte demandada indicó que las personas fallecidas eran subversivos dados de baja en combate con el ejército, planteamiento que se desvirtuó al encontrarse probada la alteración de la escena por parte de los militares y múltiples inconsistencias en el levantamiento de los cuerpos.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO DERIVADO DE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / DAÑOS CAUSADOS POR SERVIDORES ESTATALES – Soldados / DAÑOS CAUSADOS POR INTEGRANTES DE LA FUERZA PÚBLICA EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES – Operativo militar Minerva / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE MENOR DE EDAD / INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL – Configurada / FALLA DEL SERVICIO – Configurada / RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD – Aplicación / FALSO POSITIVO – Menor de edad / DAÑO CAUSADO A SUJETOS QUE SE ENCUENTRAN BAJO RELACIONES DE ESPECIAL SUJECIÓN

Problema jurídico: *¿Es imputable al Estado la muerte de la menor de edad, por omisión del deber de protección y el uso ilegítimo de las armas en el contexto del conflicto armado?*

Tesis: “Es diáfano que existió una lesión definitiva sobre el derecho a la vida de la víctima y los intereses jurídicamente tutelados de los actores, pues la muerte de (...) tuvo una dimensión más amplia y pluriofensiva, al incidir directamente en los bienes jurídicos de sus familiares. De igual forma, se demostró que el deceso se materializó durante la Operación Minerva y que los soldados que participaron en dicha misión incumplieron sus deberes constitucionales y legales e incurrieron en el delito de homicidio en persona protegida, entonces, se lesionó injustificadamente el derecho a la vida de la víctima (...) Este derecho es tutelado constitucional y convencionalmente, pues el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida (...) Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. El cumplimiento de las obligaciones impuestas al Estado por la Convención Americana no solo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que también requiere, a la luz de su compromiso de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, que adopte todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción (...) La protección

activa del derecho a la vida por parte del Estado no se agota con la existencia de un orden normativo que reconozca su carácter fundamental y ordene la abstención de privar de la vida a una persona, sino que abarca a todas las instituciones jurídicas, políticas, administrativas y culturales que promuevan la salvaguarda de este derecho, especialmente a los organismos encargados de resguardar la seguridad, sean fuerzas de policía o fuerzas armadas que aseguren, entre otros, la expedición de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para castigar la privación de la vida derivada de actos criminales, la emisión de políticas públicas para prevenir y proteger a los individuos de dichas actuaciones y, sobre todo, la regulación de la actuación de las fuerzas de seguridad para evitar las ejecuciones ilegales, arbitrarias o sumarias. En el ordenamiento jurídico nacional, el amparo a la vida es absoluto por ser el presupuesto de los derechos humanos. No de otra manera se entiende su salvaguarda desde el Preámbulo de la Constitución Política, que señala como uno de sus fines “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”. Al mismo tiempo, los principios fundamentales del Estado establecidos en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución contemplan como objetivo esencial “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y creencias, y demás derechos y libertades (...)”. Mas aún, este derecho se reconoció como fundamental en el artículo 11, que enfatiza su inviolabilidad y prohíbe expresamente la pena de muerte.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de febrero de 2019, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 05001-23-31-000-2004-01289-01\(40256\).](#)

Aclaración de voto el consejero Guillermo Sánchez Luque.

EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / LAS NORMAS PROCESALES SON DE DERECHO PÚBLICO / VALORACIÓN DE PRUEBAS - Se hace con arreglo a la ley / VALORACIÓN DE INDAGATORIAS Y VERSIONES LIBRES - Reiteración salvamento de voto 42.842 de 2016 / DAÑOS CAUSADOS POR EL USO DE ARMAS OFICIALES - Reiteración aclaración de voto 36.343 de 2016

Tesis: “1. Aunque el daño es imputable a título de falla del servicio por el uso excesivo de la fuerza y de la manipulación de la escena, las pruebas no permiten concluir con certeza que la muerte fue producto de una ejecución extrajudicial. 2. El fallo afirma que es necesario flexibilizar *“la apreciación y valoración de los medios probatorios frente a graves violaciones de Derechos Humanos”*. Si bien este tipo de procesos revisten una importancia especial, por los derechos comprometidos, no hay motivo jurídico alguno que permita al juez de la responsabilidad civil del Estado desacatar las normas procesales sobre incorporación y valoración de las pruebas. Las disposiciones procesales son de derecho público y de orden público y por consiguiente, de obligatorio cumplimiento y, en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas, conforme al artículo 6 del CPC modificado por el artículo 13 del CGP -en concordancia con el artículo 16 del Código Civil- ni tampoco condicionadas a la voluntad de las partes y mucho menos del juez, que debe obrar siempre con una rigurosa imparcialidad. La neutralidad que brindan estas las reglas procesales, que garantizan la igualdad de las partes, no puede estar sometida al arbitrio de aquello que el juez considere “justo” o “injusto”, “flexible” o “inflexible” al momento de decidir el litigio. Por ello, la pretendida “flexibilización” desconoce la razón de ser del proceso y convierte al juzgador imparcial en un árbitro “parte” de la contienda en desmedro de valores superiores como la seguridad jurídica, la igualdad y la unidad del derecho. Los ámbitos de la conveniencia y la

oportunidad no son de la justicia. 3. Frente a la valoración de indagatorias y versiones libres me remito al numeral 4 del salvamento de voto 48.842 de 2016 y en cuanto a la procedencia del riesgo excepcional por el uso de armas a la aclaración de voto 36.343 de 2016.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de febrero de 2019, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 05001-23-31-000-2004-01289-01\(40256\), A.V. del consejero Guillermo Sánchez Luque.](#)

21. Consejo de Estado condenó al Estado por falla del servicio de la Aeronáutica Civil al omitir la verificación de la capacidad de cabecera en el aeropuerto El Dorado de Bogotá.

Síntesis del caso: *El 27 de marzo de 2005 la aeronave Boeing 767-300 de Lan Airlines S.A. se dispuso a realizar el vuelo Bogotá – Lima y, a su vez, la aeronave Boeing 767-200 de Avianca se disponía a realizar el vuelo Bogotá - Miami, cuando la torre de control autorizó el rodaje de las dos aeronaves con dirección a la cabecera 13L. Al llegar al apartadero de espera se ordenó a la primera de las aeronaves ocupar la posición izquierda y a la segunda la derecha y durante dicho desplazamiento, la aeronave de Avianca impactó levemente el ala derecha de la aeronave de Lan, sufriendo daños de consideración y una serie de perjuicios económicos que reclaman del Estado.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Por falla del servicio de la Aeronáutica Civil / FALLA DEL SERVICIO - Falta de regulación aeroportuaria que produjo accidente de aeronaves / DAÑO ANTIJURÍDICO - Colisión de aeronaves al atender orden de torre de control

Problema jurídico 1: *¿Le asiste responsabilidad objetiva al Estado con ocasión de los daños provenientes del ejercicio de la actividad de transporte aéreo?*

Tesis 1: “[T]al como fue analizado por la Subsección A de la Sección Tercera, en la sentencia del 15 de febrero de 2018, la conducción de aeronaves es considerada, por regla general, como una actividad peligrosa, y que, aunque en aquellos eventos en los que el daño es producido por el ejercicio de actividades peligrosas el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación se deriva de la realización directa de una actividad que entraña peligro, cuando el daño sufrido deviene como consecuencia de una actividad peligrosa que es ejercida directamente por la propia víctima, no resulta aplicable dicho régimen, sino el de falla probada del servicio, en la medida que, para que surja la responsabilidad de la entidad demandada, la parte actora tiene la obligación de demostrar que el accidente se produjo por la falta de revisión y/o mantenimiento –o de regulación en el presente caso- a cargo de la entidad demandada, o que quien ejecutó la actividad peligrosa fue sometido a un riesgo superior al que normalmente debe soportar”.

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD – Modalidades y presupuestos / HECHO DE LA VÍCTIMA – Causa eximente de responsabilidad estatal / CONCAUSA – Determina rebaja en la reparación en proporción a la participación de la víctima

Problema jurídico 2: *¿Es posible exonerar en este caso al Estado por la configuración de un hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima representado en el actuar negligente del piloto?*

Tesis 2: “[P]ara que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por el afectado sea

tanto causa del daño como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de enero de 2019, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico \(E\), radicación: 25000-23-26-000-2007-00361-01\(43401\)](#)

22. Consejo de Estado condenó a militares a restituir la condena que pagó el Estado con motivo de la ejecución extrajudicial en la que participaron.

Síntesis del caso: En ejercicio de la acción de repetición la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional demandó a Juan Manuel Crane Páez, Alexander Sánchez Cacaís y Jhon Jaime Beltrán García, a fin de que restituyeran la suma que, debió pagar el citado Ministerio, en cumplimiento de lo dispuesto en sentencia del 30 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ocasión del proceso de reparación directa por la muerte del señor Erasmo López López.

ACCIÓN DE REPETICIÓN - Derivada de condena por Responsabilidad del Estado / REPETICIÓN - Contra agentes de las Fuerzas Militares por ejecución extrajudicial / EJERCITO NACIONAL - Condena por falsos positivos

Problema jurídico: ¿Son responsables los miembros de las Fuerzas Militares que intervinieron en la ejecución extrajudicial del señor Erasmo López López de los daños que debió reparar el Estado extrapatrimonialmente?

Tesis: “Está demostrado en el plenario que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante sentencia del 30 de agosto de 2006, declaró la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por la muerte de Erasmo López y la condenó al pago de los perjuicios causados, razón por la cual, la acá demandante repite ahora contra los señores Crane Páez, Sánchez Cacaís y Beltrán García, a fin de que restituyan \$508.510.753, suma que el Ministerio de Defensa dijo haber pagado en cumplimiento de lo dispuesto por el juez de lo contencioso administrativo. (...) en cumplimiento de lo ordenado por el contencioso administrativo, el Ministerio de Defensa expidió la Resolución 5365 del 27 de noviembre de 2007, a través de la cual dispuso el pago de la condena a los familiares de la víctima; además, según certificación del 3 de agosto de 2009, suscrita por la entonces Tesorera de dicho Ministerio, el 24 de diciembre de 2007 el demandante pagó \$652.961.939,66 a la señora Gloria Elvira López García -apoderada de los familiares de la víctima (...) mediante sentencia del 27 de febrero de 2009, el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá condenó a 25 años de prisión a los señores Juan Manuel Crane Páez, Alexander Sánchez Cacaís y Jhon Jaime Beltrán García por el homicidio agravado, “cometido a título de dolo”, de Erasmo López López, en hechos ocurridos el 15 de agosto de 2003 en la vereda El Silencio, municipio de Sylvania, departamento de Cundinamarca, decisión que fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 11 de agosto de 2011 (...) como quiera que en este caso se encuentran acreditados la condena que el contencioso administrativo profirió en contra el Estado por la muerte del señor Erasmo López López, el pago de dicha condena y que la conducta de los acá demandados fue dolosa, pues, como se dejó dicho, fueron condenados por la justicia penal a 25 años de prisión por el homicidio agravado, “cometido a título de dolo”, del citado señor, la Sala accederá a las pretensiones de la demanda”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 31 de enero de 2019, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación: 25000-23-26-000-2009-00955-01(49591).

X. SECCIÓN CUARTA

23. En impuestos de periodo es dable la aplicación inmediata de normas tributarias benéficas para el contribuyente respecto de situaciones jurídicas no consolidadas, si así lo establece el legislador.

Síntesis del caso: *Se negó la nulidad de la tesis jurídica del Concepto 100208221-00793 (18128) de 2015 (18 de junio) expedido por la DIAN, en cuanto señala que en “derecho tributario el principio de favorabilidad solo es predicable en materia sancionatoria” y que “la modificación legal de alguno de los elementos constitutivos de un impuesto de periodo, en aras de los principios de legalidad e irretroactividad, solo es aplicable a partir del periodo fiscal siguiente a la fecha de su promulgación”, por cuanto dicha tesis coincide con la regla general de irretroactividad de la ley tributaria prevista en el artículo 338 de la Constitución Política.*

DETERMINACIÓN DE EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA LEY TRIBUTARIA – Competencia del legislador / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA / APLICACIÓN INMEDIATA DE NORMAS FAVORABLES EN IMPUESTOS DE PERIODO – Procedencia respecto de situaciones jurídicas no consolidadas, si así lo establece el legislador / PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA - Generalidad / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL RÉGIMEN SANCIONATORIO TRIBUTARIO – Procedencia / MODIFICACIÓN LEGAL DE ELEMENTOS DE IMPUESTOS DE PERIODO – Aplicación a partir del periodo fiscal siguiente a la fecha de su promulgación

Problema jurídico: *¿Procede la aplicación inmediata de las normas que regulan los elementos de los impuestos de periodo en sentido más favorable para el contribuyente, de acuerdo con el examen de constitucionalidad del inciso tercero del artículo 338 de la CP o, por el contrario, dichas normas deben aplicarse a partir del periodo siguiente a su promulgación?*

Tesis: “Debe tenerse en cuenta que el principio constitucional de legalidad tributaria, expresión del principio de representación popular y forma material del de predeterminación de los tributos, así como los postulados de distribución de las cargas públicas, sostenibilidad fiscal y separación de poderes, y la trascendencia social y económica de las razones que orientan las políticas fiscales sobre regulación de tributos de periodo, permiten resaltar que el llamado a determinar los efectos en el tiempo de ese tipo de regulaciones es el legislador, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 150 (num. 12) de la CP, en concordancia con el artículo 11 del CC. Lo anterior permite concluir que, en tratándose de situaciones jurídicas no consolidadas en impuestos de periodo, es dable la aplicación de normas tributarias benéficas para el contribuyente, en forma inmediata, si así lo establece el legislador. En sentido contrario, si el legislador no lo prevé, se aplica el principio general de irretroactividad de la ley en materia tributaria respecto de impuestos de periodo. Ahora bien, la Ley 1607 de 2012,

en el artículo 197, estableció la “favorabilidad” como principio aplicable a la imposición de sanciones tributarias, norma que fue derogada por el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, que en el párrafo 5 del artículo 282 ib. mantuvo la aplicación de la “favorabilidad” para el régimen sancionatorio tributario y, en tal sentido, modificó el artículo 640 del ET. Así, no se discute en el ordenamiento fiscal actual un criterio de retroactividad *in bonus* o *in bonam parte*, a merced del cual las “disposiciones sancionatorias” más favorables pueden aplicarse retroactivamente, con base en la autorización legal dada por las reformas tributarias de los años 2012 (Ley 1607, art. 197) y 2016 (Ley 1819, art. 282) para aplicar normas tributarias posteriores permisivas o favorables, en cuanto tales leyes así lo dispusieron. En ese orden y comoquiera que la tesis jurídica del concepto acusado coincide con lo ya expuesto, en cuanto señaló que *en derecho tributario el principio de favorabilidad solo es predicable en materia sancionatoria* y que *la modificación legal de alguno de los elementos constitutivos de un impuesto de periodo, en aras de los principios de legalidad e irretroactividad, solo es aplicable a partir del periodo fiscal siguiente a la fecha de su promulgación*, que precisa la Sala es la regla general, se negarán las pretensiones de la demanda. No obstante lo anterior, tratándose de situaciones jurídicas no consolidadas en impuestos de periodo, es dable la aplicación de normas tributarias benéficas para el contribuyente, en forma inmediata, si así lo establece el legislador”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de noviembre de 2018, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2016-00015-00 \(22392\).](#)

24. Son nulos los apartes “Base gravable” y “Tarifa” del artículo 16 del Acuerdo 015 de 2009, expedido por el Concejo Distrital de Barranquilla.

Síntesis del caso: *Se anularon los apartes “Base gravable” y “Tarifa” del artículo 16 del Acuerdo 015 de 2009, expedido por el Concejo del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, porque regularon esos elementos de la estampilla pro-hospitales de primer y segundo nivel de atención en el Distrito, en los mismos términos de los artículos 5 y 6 de la Ordenanza 070 de 2009, por la cual la Asamblea del Atlántico autorizó el tributo en la jurisdicción del departamento, los cuales fueron anulados por el Consejo de Estado en la sentencia del 6 de agosto de 2014 (Exp. 20678), de modo que la Sala concluyó que entre unas y otras normas existe identidad de materia correspondiente con el alcance del acuerdo demandado.*

BASE GRAVABLE Y TARIFA DE LA ESTAMPILLA PRO HOSPITALES DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN EN EL DISTRITO DE BARRANQUILLA – Ilegalidad del artículo 16 del Acuerdo 015 de 2009 / SENTENCIA ANULATORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL - Efectos de cosa juzgada *erga omnes*

Problema jurídico: *¿Se ajusta a la legalidad el artículo 16 del Acuerdo 015 de 2009, expedido por el Concejo Distrital de Barranquilla, en los apartes denominados «BASE GRAVABLE y TARIFA» que fueron anulados por el Tribunal y cuestionados por la entidad apelante?*

Tesis: “[E]l Concejo del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, en uso de sus facultades constitucionales y legales, adoptó en el Distrito de Barranquilla la estampilla pro-hospitales de primer y segundo nivel de atención, autorizada por la Ordenanza No. 070 de 2009 de la Asamblea Departamental del Atlántico, a través del Acuerdo No. 015 de 2009. El artículo 16 de dicho acuerdo, reguló la base gravable y la tarifa del tributo adoptado, en los mismos términos dispuestos por los artículos 5 y 6 de

la citada ordenanza, anulados por la sentencia del 6 de agosto de 2014, exp. 20678, de modo que entre unas y otras normas existe identidad de materia correspondiente con el alcance del acuerdo demandado, como acto distrital que se limitó a ejercer la autorización otorgada por las normas departamentales, para “incorporar” el tributo de estampilla pro-hospitales de primer y segundo nivel de atención, en el orden distrital, y en ese sentido puede entenderse la reproducción normativa a la que alude el Ministerio Público. En ese contexto, se concluye la nulidad de los apartes *base gravable* y *tarifa* del artículo 16 del Acuerdo No. 015 de 2009, con fundamento en la sentencia anulatoria proferida por esta Sección el 6 de agosto de 2014, sin que tenga vocación de prosperidad la argumentación de la entidad apelante que, por lo demás, se contrajo a cuestionar la citada providencia de la Corporación, decisión que, se reitera, está ejecutoriada y es obligatoria, con fuerza juzgada *erga omnes*. Así pues asistió razón *a quo* para anular los apartes “*base gravable*” y “*tarifa*” del artículo 16 del Acuerdo No. 015 de 2009, por cuenta de la anulación de los artículos 5 y 6 de la Ordenanza No. 070 de 2009, conforme con las razones expuestas en la sentencia proferida por la Sección el 6 de agosto de 2014.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de febrero de 2019, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 08001-23-31-000-2010-00021-01 \(23332\).](#)

25. En el Distrito Capital el consumo de nafta está previsto como hecho generador de la sobretasa a la gasolina motor y al ACPM desde la promulgación de la Ley 681 de 2001, que amplió el hecho generador que preveía la Ley 488 de 1998, al incluir la nafta en el concepto de gasolina, sin que para el efecto se requiriera la expedición de un nuevo Acuerdo por parte del Concejo municipal tendiente a acatar dicha ley, toda vez que esta prevalece sobre la norma local por ser jerárquicamente superior.

Síntesis del caso: *Se negó la nulidad de los actos por los cuales el Distrito Capital liquidó de aforo a la sociedad actora la sobretasa al consumo de la gasolina motor y al ACPM por los meses de septiembre a diciembre de 2001 y enero a septiembre de 2002, bajo la consideración de que realizó el hecho generador del gravamen, porque vendió nafta industrial en el Distrito Capital dentro de los referidos periodos. Al respecto, la Sala concluyó que en el Distrito Capital el consumo de nafta está previsto como hecho generador de la sobretasa a la gasolina motor y al ACPM desde la promulgación de la Ley 681 de 2001, que amplió el hecho generador que preveía la Ley 488 de 1998 -al incluir la nafta en el concepto de gasolina-, sin que para el efecto se requiriera la expedición de un nuevo Acuerdo por parte del Concejo municipal tendiente a acatar dicha ley, toda vez que, en virtud del principio *lex superior derogat inferiori*, la misma prevalece sobre la norma local por ser jerárquicamente superior.*

SOBRETASA AL CONSUMO DE LA GASOLINA MOTOR Y AL ACPM - Hecho generador / AUTONOMÍA IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Alcance y límites / PRINCIPIO LEX SUPERIOR DEROGAT INFERIORI

Problema jurídico: *¿Son legales los actos por los cuales el Distrito Capital determinó a la actora la sobretasa a la gasolina motor por los meses de septiembre a diciembre de 2001 y enero a septiembre de 2002? ¿La nafta hacía parte del hecho gravable de la sobretasa a la gasolina motor en el Distrito para el periodo en discusión, por cuanto debió haber sido incorporado mediante acuerdo distrital y no a través de un decreto compilatorio?*

Tesis: “En el presente caso, el artículo 118 de la Ley 488 de 1998 -adoptado en Bogotá por el Acuerdo 26 de 1998- fue adicionado con un párrafo contenido en el artículo 3 de la Ley 681 de 2001 en el que amplió el hecho generador de la sobretasa a la gasolina motor y al ACPM, incluyendo dentro del concepto de gasolina y como objeto del tributo, a la gasolina corriente, gasolina extra, la nafta y cualquier otro combustible o líquido derivado del petróleo que se pueda usar como carburante en motores de combustión interna diseñados para ser utilizado con gasolina. Cabe señalar que el artículo 15 de la Ley 681 de 2001 indicó que la norma rige a partir de su publicación en el Diario Oficial, lo que ocurrió el 9 de agosto de 2001. A partir de su promulgación, la Ley 681 es obligatoria en todo el territorio nacional. Si el Distrito Capital expidiese normas en las que estableciera un hecho generador de la sobretasa a la gasolina motor diferente del previsto en las Leyes 488 de 1998 y 681 de 2001; se preferirá la norma superior, en virtud del principio “*Lex superior derogat inferiori*”. (...) Las normas de los entes territoriales que regulan los elementos de la obligación tributaria no pueden ser contrarias a la Ley ni a la Constitución. Si un departamento, municipio o distrito adopta un tributo podrá establecer aquellos elementos del mismo que no hayan sido fijados por el Congreso de la República; pero si la Ley determinó los sujetos de la obligación tributaria, el hecho generador, bases gravables o tarifas, las ordenanzas y acuerdos deberán estar conformes con la norma superior. De lo anterior se deduce que si la Ley modifica los elementos de la obligación tributaria, se derogan también aquellas disposiciones locales que regulen el impuesto, tasa o contribución. La Sala debe advertir, que en desarrollo de la autonomía de los entes territoriales, éstos pueden establecer exenciones o beneficios tributarios en relación con los tributos de su propiedad, por razones de política fiscal. En este caso, el Distrito Capital no ha aprobado, como bien podría hacerlo, alguna norma que excluya del gravamen a la Nafta. De acuerdo con todo lo expuesto, se concluye que el Distrito Capital adoptó mediante Acuerdo 26 de 1998 la sobretasa a la gasolina motor y al ACPM en los términos de la Ley 488 de 1998, esto es, atendiendo al hecho generador allí establecido. El artículo 3 de la Ley 681 de 2001 adicionó el artículo 118 de la Ley 488 de 1998 ampliando el hecho generador de la sobretasa a la gasolina motor y al ACPM, conteniendo dentro del concepto de gasolina a la nafta, entre otros productos. Esta modificación es obligatoria en todo el territorio nacional desde la promulgación de la Ley, el 9 de agosto de 2001, incluyendo el Distrito Capital, sin que se necesite un nuevo acuerdo del Concejo para acatar lo dispuesto por el Congreso de la República. Es por ello que, el Decreto 352 de 2002, *“Por el cual se compila y actualiza la normativa sustantiva tributaria vigente, incluyendo las modificaciones generadas por la aplicación de nuevas normas nacionales que se deban aplicar a los tributos del Distrito Capital, y las generadas por acuerdos del orden distrital”*, no fue el que incorporó el consumo de nafta como hecho generador de la sobretasa a la gasolina motor y al ACPM. Fue la Ley 681 de 2001, que no podía ser contrariada por la norma local. (...) Dado que los cargos planteados por el apelante fueron desestimados, se impone negar las súplicas de la demanda, y por tanto, confirmar en todo la sentencia apelada.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de febrero de 2019, C.P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-27-000-2008-00086-01 \(22628\).](#)

26. A las declaraciones del impuesto sobre la renta en las que se compensen pérdidas fiscales sí les es aplicable el beneficio de auditoría, siempre que cumplan los requisitos generales para el efecto y no se verifique alguno de los supuestos en los que el artículo 689-1 del ET excluye tal aplicación.

Síntesis del caso: *Se anularon los Conceptos 103121 de 20 de octubre de 2008 y 075186 de 12 de octubre de 2010 y el Oficio 008895 de 10 de febrero de 2011, expedidos por la DIAN, en cuanto interpretan que no procede la aplicación del beneficio de auditoría frente a las declaraciones del impuesto sobre la renta en las que se compensen pérdidas fiscales. Lo anterior, tras concluir que dichas declaraciones sí son susceptibles del beneficio de auditoría, toda vez que en el artículo 689-1 del ET, el legislador no dispuso ninguna exclusión o limitación para su aplicación respecto de las mismas, por lo que es dable interpretar que procede el beneficio respecto de declaraciones de renta en las que se compensen pérdidas fiscales, en la medida en que cumplan los requisitos generales para el efecto y siempre y cuando no se verifique alguno de los supuestos en los que el artículo 689-1 del ET excluye la aplicación del beneficio. La Sala señaló que una conclusión contraria implicaría crear una restricción del beneficio no establecida por el legislador, así como desconocer el supuesto de hecho general y abstracto dispuesto por este para acceder al aludido beneficio.*

BENEFICIO DE AUDITORÍA SOBRE DECLARACIÓN DE RENTA EN LA QUE SE COMPENSAN PÉRDIDAS FISCALES – Procedencia / BENEFICIO DE AUDITORÍA – Requisitos / COMPENSACIÓN DE PÉRDIDA FISCAL - Noción y alcance / IMPUESTO NETO DE RENTA – Determinación / RECHAZO DEL BENEFICIO DE AUDITORÍA SOBRE DECLARACIÓN DE RENTA EN LA QUE SE COMPENSAN PÉRDIDAS FISCALES – Efectos / FISCALIZACIÓN SOBRE DECLARACIÓN DE RENTA CON BENEFICIO DE AUDITORÍA EN LA QUE SE DETERMINA UNA PÉRDIDA FISCAL - Procedencia / FISCALIZACIÓN SOBRE DECLARACIÓN DE RENTA CON BENEFICIO DE AUDITORÍA EN LA QUE SE DETERMINA UNA PÉRDIDA FISCAL - Alcance y límites

Problema jurídico: *¿Los actos demandados transgreden los artículos 147, 199 y 689-1 del ET, por cuanto incorporan una tesis según la cual las declaraciones de renta en las que se compensan pérdidas fiscales no pueden ser objeto del beneficio de auditoría?*

Tesis: “La Sala parte de precisar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 689-1 del ET, el legislador no dispuso ninguna exclusión o limitación para la aplicación del beneficio de auditoría respecto de declaraciones del impuesto sobre la renta en las que se compensen pérdidas fiscales. En consecuencia, es dable interpretar que una declaración de renta en la que se compense una pérdida fiscal puede ser objeto del beneficio de auditoría, en la medida que dicha declaración privada cumpla con los requisitos generales para acceder al mismo (...) Lo anterior siempre y cuando no se verifique alguno de los supuestos establecidos expresamente en el artículo 689-1 del ET para excluir la aplicación del beneficio auditoría (...) Respecto de la conclusión precedente, es pertinente precisar que la compensación de una pérdida fiscal constituye una disminución de la renta líquida ordinaria del ejercicio; advirtiendo que esta última no necesariamente será la base gravable del impuesto de renta en la medida en que podrá serlo la renta presuntiva si fuera mayor. Así, la compensación de una pérdida fiscal no afecta directamente la determinación del impuesto neto de renta, pues éste es el producto al que se llega luego de restarle a la cuota tributaria, entendida como el importe resultante de aplicar el tipo de gravamen (tarifa) a la base gravable, los descuentos tributarios que sean aplicables según la normativa fiscal. En ese orden de ideas, se evidencia que la compensación de pérdidas fiscales no es incompatible con el cumplimiento del requisito general para acceder al beneficio de auditoría, el cual consiste, se reitera, en el aumento del impuesto neto de renta en el porcentaje que corresponda según la norma del artículo 689-1 del ET. De modo que la Sala considera

que una conclusión orientada a rechazar la aplicación del beneficio de auditoría a las declaraciones de renta que compensan pérdidas fiscales, implicaría crear una restricción del beneficio no establecida por el legislador, como también desconocer el supuesto de hecho general y abstracto que fue dispuesto por este para acceder al beneficio de auditoría (...) 6- Es pertinente mencionar que la conclusión expuesta guarda armonía con las amplias facultades de fiscalización con que cuenta la Administración tributaria (artículo 684 del ET) y con el mismo artículo 689-1 del ET, respecto del cual la Sala trae colación que, desde la modificación efectuada por la Ley 633 de 2000, estableció que «*cuando la declaración objeto de beneficio de auditoría arroje una pérdida fiscal, la Administración Tributaria podrá ejercer las facultades de fiscalización para determinar la procedencia o improcedencia de la misma y por ende su compensación en años posteriores*». En efecto, la posibilidad de que la declaración en la que se compensó la pérdida fiscal pueda ser objeto del beneficio de auditoría, en nada afecta la potestad fiscalizadora que, en virtud del citado inciso del artículo 689-1 del ET, tiene la Administración de impuestos respecto de la declaración que determinó la pérdida fiscal. Así, queda en claro que, en virtud del artículo 689-1 del ET, una vez superado el término de firmeza del beneficio de auditoría, la Administración tributaria tiene competencia para fiscalizar la pérdida fiscal liquidada, en el marco del término previsto por el artículo 147 del ET. Ahora bien, valga precisar que aquella norma en comento otorga una competencia exclusiva y limitada, de manera que la Autoridad de impuestos carece de competencia para modificar aspectos ajenos a la disminución o rechazo de la pérdida fiscal declarada, tal como lo señaló esta Sección mediante sentencia del 24 de octubre de 2013 (expediente 18096, CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas), en donde se indicó que «*la DIAN puede ejercer la facultad fiscalizadora respecto de las pérdidas fiscales, exclusivamente, pues así lo dice la norma expresamente*.» Y esa tesis de conformidad con la cual la procedencia del beneficio de auditoría no afecta inevitablemente la determinación del impuesto correspondiente a periodos futuros, en la medida en que el crédito fiscal que contiene la declaración cubierta por el mencionado beneficio es susceptible de revisión dentro del término previsto en el artículo 147 del ET para las pérdidas fiscales, fue reiterada en la sentencia del 15 de mayo de 2014 (exp. 19647, CP: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez). Ahora, en el evento en que la pérdida fiscal rechazada haya sido compensada por el contribuyente en los años gravables siguientes, la Autoridad de impuestos se encuentra habilitada, adicionalmente, para incluir la suma compensada de forma improcedente como una renta líquida por recuperación de deducciones en la autoliquidación que determinó la pérdida fiscal, en virtud del artículo 199 del ET. Y, en todo caso, la Administración podrá imponer la sanción de la que trata el artículo 647-1 del ET, si se tiene en cuenta que es una consecuencia jurídica proveniente de una conducta típica relativa al rechazo o disminución de pérdidas fiscales improcedentes. Dicha sanción podrá ser impuesta mediante resolución sancionadora o en una liquidación oficial, de conformidad con el artículo 637 *ibidem*. En definitiva, teniendo en cuenta que la interpretación administrativa enjuiciada contraviene las normas interpretadas, la Sala procederá a declarar su nulidad”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de febrero de 2019, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2011-00019-00 \(18912\).](#)

27. En las correcciones a las declaraciones del impuesto sobre la renta provocadas por el requerimiento especial procede incluir, además de los ingresos propuestos en este acto, los costos asociados a tales ingresos, aunque no hayan sido contemplados en dicha decisión, pero siempre que el obligado tributario los pruebe de manera suficientemente e idónea.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2007 de un contribuyente. En los actos acusados la DIAN reconoció la adición de ingresos que el contribuyente aceptó en la corrección de la declaración provocada por el requerimiento especial, pero se negó a reconocer los costos asociados a tales ingresos, así como la determinación de la sanción por inexactitud. La Sala anuló parcialmente dichos actos, en lo que tiene que ver el rechazo del costo de adquisición de los inmuebles por cuya venta se causaron durante el periodo ingresos por ganancias ocasionales, porque concluyó que procedía su reconocimiento, en la medida en que la contribuyente probó debidamente el costo fiscal. También consideró que había lugar a modificar la sanción por inexactitud determinada por la DIAN, de un lado, porque la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda llevó a que disminuyera la base para su cálculo (i.e. la diferencia entre el saldo a pagar determinado y el autoliquidado por el contribuyente) y, de otro, en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria tributaria.*

CORRECCIÓN A LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PROVOCADA POR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL - Alcance / INCLUSIÓN DE COSTOS ASOCIADOS A INGRESOS ADICIONADOS EN LA CORRECCIÓN A LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PROVOCADA POR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL - Procedencia / INCLUSIÓN DE COSTOS ASOCIADOS A INGRESOS ADICIONADOS EN LA CORRECCIÓN A LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PROVOCADA POR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL - Justificación / INCLUSIÓN DE COSTOS ASOCIADOS A INGRESOS ADICIONADOS EN LA CORRECCIÓN A LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PROVOCADA POR EL REQUERIMIENTO ESPECIAL - Carga probatoria / PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PROBATORIA - Alcance

Problema jurídico: *¿En una corrección a la declaración del impuesto sobre la renta, provocada por el requerimiento especial, se pueden incluir, además de los ingresos propuestos en el acto administrativo, costos asociados a ellos que no fueron contemplados en el requerimiento?*

Tesis: “[A]tendiendo a la estructura de la base gravable del impuesto sobre la renta (artículos 26, 89 y 178 del ET), la Sección ha reconocido que, para gravar rentas y no ingresos brutos no depurados (i.e. rentas brutas), la adición de ingresos debe estar aparejada con el reconocimiento de los costos y deducciones que le sean relativos, aproximación a la realidad económica sometida a imposición que conecta directamente con los dictados del «*espíritu de justicia*» proclamado en el artículo 683 del ET, según el cual la aplicación recta de las disposiciones tributarias conlleva no exigirle al contribuyente «*más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas*» (sentencia del 23 de noviembre de 2005, exp. 14794, CP: María Inés Ortiz Barbosa). Por esta circunstancia, jurisprudencialmente se ha admitido que, aunque la corrección provocada por el requerimiento especial debe concretarse en aceptar las glosas planteadas por la Administración respecto de la autoliquidación privada, este mandato no obsta para reconocer los costos y deducciones que sean del caso, con los cuales se deben depurar los ingresos brutos (sentencia del 15 de

noviembre de 2007, exp. 14712, CP: Héctor Romero Díaz). Huelga señalar que el reconocimiento fiscal de esas erogaciones se sujeta a la debida demostración de la expensa por parte del obligado tributario, de modo que tendrán que rechazarse los costos o deducciones adicionados en la corrección provocada a la declaración del impuesto sobre la renta cuando los documentos aportados por el contribuyente no demuestren fielmente su existencia o las condiciones en que se produjo (sentencia del 01 de agosto de 2016, exp. 21000, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia). Así lo impone el principio de responsabilidad probatoria consagrado actualmente en el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP) y antes en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC), según el cual le corresponde a cada parte «probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»; carga que debe cumplirse a través de medios de prueba que resulten idóneos, pertinentes y conducentes.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de febrero de 2019, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 08001-23-31-000-2012-00335-01 \(21366\).](#)

28. No existe autorización legal para que los departamentos creen o establezcan en su jurisdicción un gravamen o contribución a la prestación del servicio de alojamiento transitorio o temporal.

Síntesis del caso: *Se confirma la decisión de suspender provisionalmente los efectos de los artículos 321 a 332 de la Ordenanza 077 de 23 de diciembre de 2014, mediante los cuales la Asamblea del departamento de Santander creó la contribución departamental a moteles, residencias y afines con destinación al deporte, recreación y aprovechamiento del tiempo libre, por cuanto no existe ley que haya creado ese tributo ni que autorice a las asambleas departamentales para crearlo y desarrollarlo.*

AUTONOMÍA IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Límites / CONTRIBUCIÓN SOBRE LOS SERVICIOS DE ALOJAMIENTO TRANSITORIO O TEMPORAL – Inexistencia / POTESTAD IMPOSITIVA – Reserva legal

Problema jurídico: *¿Procede la suspensión provisional del acto demandado, comoquiera que al expedirse se sobrepasaron, presuntamente, las facultades de los entes territoriales al crear una contribución que no cuenta con sustento legal?*

Tesis: “2. Los artículos 287 y 294 de la Constitución Política disponen que *las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud, tendrán, entre otros derechos, establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Además, son los competentes para crear exenciones y tratamientos preferenciales sobre los tributos locales.* No obstante lo anterior, en materia tributaria existe una reserva especial de ley, prevista en los artículos 150 - numeral 12 -y 338 de la misma Constitución. Esta reserva consiste en que al Congreso le corresponde, mediante una ley, (i) “*establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley*” y (ii) determinar los elementos esenciales del tributo. Es por esto que, esta Sala ha señalado que las entidades territoriales cuentan con una autonomía limitada en materia de tributos, puesto que pueden establecer los elementos del tributo, siempre que el mismo haya sido creado o autorizado por el Congreso mediante la expedición de una Ley. 3. En el presente caso, se tiene que la Asamblea Departamental de Santander, mediante la Ordenanza No. 077 de 2014, creó la Contribución Departamental a Moteles, Residencias y afines con destinación al deporte, recreación y aprovechamiento del tiempo libre. Esta ordenanza

fue suspendida provisionalmente en primera instancia al considerar que no existe una Ley que cree esta contribución, sino que se trata de una creación de la entidad territorial. En el recurso de apelación, el Departamento indica que esta Contribución se fundamenta en los artículos 1, 5 y 52 de la Constitución que desarrollan el tema de la descentralización y autonomía de las entidades territoriales. Sin embargo, como se expuso en el numeral anterior, la autonomía de los entes territoriales en materia tributaria se limita a la existencia de una Ley que cree o autorice la creación del tributo, así lo que se pretenda con la contribución sea garantizar el interés general y cumplir con los fines de servir a la comunidad y promover la prosperidad general. Revisada la contribución demandada se observa que efectivamente no existe una Ley que la cree o autorice a las Asambleas Departamentales para su creación y desarrollo. 4. De igual forma, esta Sala en una oportunidad anterior se pronunció sobre una contribución similar a la que se cuestiona, en el que se hizo un estudio de la Ley 181 de 1995 “por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la Educación física y se crea el Sistema Nacional del Deporte”. La Sección expuso: “Visto el contenido del artículo 75 [inciso 2, numeral 2] de la Ley 181 de 1995, la Sala advierte que la norma no creó ningún impuesto ni autorizó a las asambleas departamentales para que lo crearan. Si bien la norma dispuso que los entes deportivos departamentales se financiarían con las rentas que las asambleas crearan para el efecto, lo cierto es que esa creación más bien se trata de una adopción de las contribuciones que el legislador cree o autorice para el efecto, pues, como ya se dijo, la potestad para crear tributos es exclusiva del legislador –principio de reserva de ley, al que ya se aludió con anterioridad-. (...) En ese entendido, para la Sala es claro que la Asamblea Departamental de Norte de Santander no estaba siquiera autorizada para imponer un gravamen o contribución a la prestación del servicio de alojamiento transitorio o temporal en los establecimientos comerciales cuya actividad económica consistiera en prestar ese servicio, toda vez que la Ley 181 de 1995 no lo dispuso así” (...). 5. Así las cosas se confirmará la providencia apelada.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto de 12 de febrero de 2019, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 68001-23-33-000-2017-00610-01 \(24207\).](#)

29. La actividad de intermediación en la comercialización de recargas en línea de telefonía celular está sujeta al IVA.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modificó cierta declaración bimestral del impuesto sobre las ventas de un contribuyente, en el sentido de desconocer ingresos brutos por operaciones excluidas, adicionar ingresos por operaciones gravadas, rechazar compras no gravadas e impuestos descontables, determinar un saldo a pagar e imponer sanción por inexactitud, bajo la consideración de que la sociedad realizó un servicio de intermediación y transmisión de datos (recargas en línea) que está gravado con IVA. La Sala negó la nulidad de tales actos porque concluyó que la actividad que el contribuyente realizó en el periodo discutido consistió en un servicio de intermediación en la comercialización de recargas en línea por el cual recibió una remuneración denominada “descuento”, la cual está gravada con IVA, servicio que es diferente e independiente del servicio de comunicación de los operadores, en el que el impuesto se causa en cabeza de estos una vez se preste el servicio, lo que explica que las compras de recargas en línea que la actora hizo a los distintos operadores de telefonía celular no estén gravadas con IVA, como lo concluyó la DIAN.*

ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN EN LA COMERCIALIZACIÓN DE RECARGAS EN LÍNEA DE TELEFONÍA CELULAR – Sujeción al impuesto sobre las ventas IVA / SERVICIO PARA EFECTOS DEL IVA - Noción / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA EFECTOS DEL IVA – Elementos / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA EFECTOS DEL IVA - Configuración / VENTA DE MEDIOS DE PAGO DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES - Falta de configuración / HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA - Servicio de intermediación / COMPRA DE RECARGAS EN LÍNEA A OPERADORES DE COMUNICACIONES - No está gravada con IVA / IVA EN SERVICIO DE COMUNICACIÓN – Causación / IVA EN SERVICIO DE COMUNICACIÓN - Sujeto pasivo

Problema jurídico: *¿La operación económica de intermediación en la comercialización de recargas en línea realizada por la sociedad actora está sujeta al IVA? ¿Los descuentos otorgados por los operadores de comunicaciones a la actora por el servicio de intermediación y transmisión de datos mediante la compraventa de recargas entre dichos operadores y el usuario final tiene carácter remuneratorio?*

Tesis: “3.5. De acuerdo con las pruebas relacionadas, la Sala encuentra que la actividad que realizó el contribuyente en el período discutido, consistió en un *servicio de intermediación de recargas en línea* y, por ende, el mismo está sujeto al impuesto sobre las ventas. 3.5.1. El artículo 420 del Estatuto Tributario establece que el IVA se aplica sobre los servicios prestados en el territorio nacional y, para esos efectos, se entiende por *servicio* “toda actividad, labor o trabajo prestado por una persona natural o jurídica, o por una sociedad de hecho, sin relación laboral con quien contrata la ejecución, que se concreta en una obligación de hacer, sin importar que en la misma predomine el factor material o intelectual, y que genera una contraprestación en dinero o en especie, independientemente de su denominación o forma de remuneración”. En este caso, se configuran todos los elementos que definen la prestación de un servicio para efectos de IVA, porque la actividad económica desarrollada por el contribuyente se concreta en obligaciones de hacer, en cumplimiento de las cuales, sirvió de intermediaria en la comercialización de recargas en línea, a cambio de una contraprestación. Esa actividad no se trató de una simple venta de bienes: recargas en línea o medios de pago del servicio de comunicaciones, como lo sostiene el actor; sino que va más allá, en tanto el contribuyente suministró por cuenta propia toda una infraestructura tecnológica, equipos, personal directivo, comercial y de mantenimiento, que sirvió de puente entre los operadores de comunicaciones (...) y SOLIDDA GROUP, los tenderos y el usuario final. Es así, como esa estructura le permitió poner en relación a dos o más personas, transmitiendo y validando datos, y facilitando a sus clientes la venta y entrega de las recargas, en favor de un tercero y por una retribución, lo que constituye una obligación de hacer que denota la existencia de un servicio. De modo que, la operación económica analizada se concreta en la labor de mediador en la transmisión de datos de recargas entre el operador, tenderos y usuario final, mediante el uso de una infraestructura tecnológica y el suministro de equipos a los tenderos, así como su mantenimiento; por lo que no es posible desconocer que el contribuyente prestó un servicio como intermediario en la cadena de distribución del servicio de comunicaciones. Esto, independientemente que la actividad se realice de forma directa con los operadores de comunicaciones (...) o, según lo dicen, mediante un contrato de cuentas en participación (SOLIDAD GROUP). En ambos eventos la sociedad hizo la intermediación y la transmisión de los datos. 3.5.2. Lo que se ratifica en el hecho de que como “compensación por su labor de intermediación”, el operador le vende al intermediario la recarga en línea por un menor valor al asignado para la venta al público, que aunque se le dé la connotación de “descuento”, para efectos de IVA, constituye la contraprestación por la intermediación en la comercialización. (...) Por las razones expuestas, no es posible considerar que esos ingresos deriven de la venta de medios de pago de servicios de telecomunicaciones, a que se refiere el artículo 157 de la Ley 1607 de 2012, pues como se ha expuesto, la actividad del contribuyente no se limitó a la venta de las recargas, sino que constituye un servicio de intermediación y transmisión de

datos. En tal sentido, como el servicio de intermediación constituye un hecho generador del impuesto a las ventas, la remuneración percibida por el mismo, esto es el denominado “descuento” se encuentra gravado con IVA. 3.5.3. Finalmente, se precisa que las compras de recarga en línea que realizó la sociedad a los operadores de comunicaciones no están gravadas con IVA, como lo determinó la DIAN, porque de conformidad con el artículo 429 del Estatuto Tributario, en los servicios, entre ellos, el de comunicación, el impuesto se causa una vez se preste el servicio y en cabeza del operador. Pero esa situación no implica que el servicio de intermediación que realizó la actora no se encuentre sujeto a IVA, porque el mismo es independiente del servicio de comunicación de los operadores y, además, no ha sido excluido o exonerado del impuesto, por tal motivo, debe gravarse sobre el valor pagado por ese servicio”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de febrero de 2019, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 25000-23-37-000-2014-00843-01 \(22510\).](#)

XI. SECCIÓN QUINTA

30. Se negó la nulidad del acto de elección de Edwing Fabián Díaz Plata, Representante a la Cámara por el Departamento de Santander para el período constitucional 2018-2022.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de Edwing Fabián Díaz Plata, Representante a la Cámara por el Departamento de Santander, quien fue inscrito mediante lista por la Coalición Alianza Santandereana AS, aduciendo que la inscripción mediante listas de colación no está prevista en la ley. Las pretensiones se negaron pues está consagrado en la Constitución el derecho a la inscripción de candidatos y listas de coalición a corporaciones públicas.*

AGRUPACIONES POLÍTICAS – Derecho de coalición / COALICIÓN – Condiciones para su reconocimiento

Problema jurídico 1: *¿Cuál es la interpretación que debe darse al inciso 5º artículo 262 de la Constitución Política?*

Tesis 1: “[A]ún cuando la ley y la constitución reconocen la existencia de las coaliciones, lo cierto es que, sin que se hubiera regulado su conformación, esto es, lo concerniente al acuerdo de coalición ni su funcionamiento, el derecho a coaligarse emana de la voluntad libre de las agrupaciones políticas reconociendo su existencia sin necesidad de desarrollo legislativo específico. Frente a lo anterior, llama la atención que si bien, desde el acto Legislativo 01 de 2009 se constitucionalizó la figura de coalición señalando, entre otras cosas, que para la escogencia de candidatos por coalición, es posible celebrar consultas populares o internas o interpartidistas (art. 107 de la Constitución), lo cierto es que ello reitera el continuo reconocimiento de las coaliciones dentro del ejercicio democrático asentando la imposibilidad de desconocerles en tanto no exista ley específica que regule la materia. (...). [E]s claro que el inciso 5 del artículo 262 Superior, mediante la modificación introducida por el acto legislativo No 02 del 2015, citado frecuentemente en la presente providencia, vuelve a insistir sobre la materia, constitucionalizando nuevamente aspectos específicos en tratándose de coaliciones, ello sin desvirtuar el hecho que, sin necesidad de Ley que las definiera o

instituyera, las coaliciones existen y han funcionado por sí mismas sin exigencia de desarrollo legal específico. (...). [D]esde el punto de vista exegético es evidente que del contenido gramatical de la norma constitucional bajo estudio [inciso 5 del artículo 262 de la Constitución Política] se tiene que, por una parte, se ha impuesto el deber al legislador en materia de coaliciones de regular, aspectos propios de su funcionamiento y, por otra parte, de manera autónoma y específica se consagra y regula de manera directa un derecho, esto es, el relativo a presentar listas de candidatos en coalición para corporaciones públicas, bajo ciertas condiciones, dispuestas de manera específica por el Constituyente derivado.”

OMISIÓN LEGISLATIVA – Para la inscripción de candidatos de coalición a cargos de elección popular en corporaciones públicas

Problema jurídico 2: *¿Existe omisión legislativa frente a lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 262 de la Constitución Política y, en tal caso, el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 resulta aplicable a la inscripción por coalición de listas a cargos de elección popular en corporaciones públicas?*

Tesis 2: “[Y]a existe en el ordenamiento jurídico, disposición legal que, en consonancia con lo dispuesto posteriormente en el inciso 5º del artículo 262 de la Constitución Política, regula aspectos relativos a la inscripción de candidatos por coalición. Sin embargo, frente a los parámetros establecidos en el artículo 29, denota claramente el hecho de que la norma instituyó reglamentación y refiere de manera exclusiva a la inscripción de candidatos de coalición a cargos uninominales, sin que de manera alguna se haya aludido siquiera y por ende tampoco se hayan establecido, los parámetros propios que corresponden a la inscripción de listas de coalición a cargos de elección popular en el caso de corporaciones públicas. Por tanto, para la Sala es claro que los parámetros establecidos por el legislador en el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, de manera previa a la modificación de la norma constitucional del 2015, NO refieren a las elecciones de miembros del Senado de la República y la Cámara de Representantes, de tal suerte que la norma en comento, tan solo puede tenerse como la atención anticipada y parcial, del deber impuesto por el Constituyente al Congreso de la República en el inciso 5º del artículo 262, a partir de la modificación introducida por el acto legislativo No 2 de 2015. Ahora bien, la Sala también descarta que el artículo 29 de la ley 1475 de 2011, pueda ser aplicado de forma analógica al caso de las corporaciones públicas, en tanto los parámetros de la Ley en comento, se restringen a las particularidades y características mismas de las elecciones de cargos uninominales. (...). [L]a Sala encuentra que los parámetros establecidos por el legislador en el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, NO, resultan aplicables a las elecciones de miembros del Senado de la República y la Cámara de Representantes, ya que dicha norma refiere y puede aplicarse de manera específica y exclusiva a los casos de cargos de elección popular uninominales.”

LISTAS DE COALICIÓN A ELECCIONES DE CARGOS DE CORPORACIONES PÚBLICAS – La omisión legislativa no impide la inscripción de las listas

Problema jurídico 3: *¿Es posible aplicar de forma directa lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 262 de la Constitución Política, en relación con la inscripción por coalición de listas a cargos de elección popular en corporaciones públicas?*

Tesis 3: “[L]a Sala concluye que las normas constitucionales, ya hacen parte del ordenamiento jurídico y de manera general, no necesitan esperar la expedición de una ley para que sea exigible su observancia, situación que impide entonces, alegar simplemente la ausencia de desarrollo legal para desconocer el sentido y mandato mismo de las normas constitucionales, ya que estas imperan por directo ministerio de la Constitución Política. Conforme con lo hasta aquí expuesto, y descendiendo a la problemática que corresponde al caso en concreto, se reitera que es cierta la omisión

legislativa acusada en la demanda, en tanto NO existe ley que regule lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 262 de la Constitución Política, en relación con la inscripción de candidatos de coalición a cargos a corporaciones públicas, pese a que, como ya fue dicho, el artículo superior asignó al legislador el deber de regular la materia. (...). [A] pesar de la omisión legislativa probada en este caso, no puede desconocerse ni obviarse lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 262 de la Constitución Política, en relación con la inscripción por coalición de listas a cargos de elección popular en corporaciones públicas, pues dicho postulado puede y debe ser aplicado y reconocido de manera directa, entre otras, por las entidades administrativas y judiciales, en atención a la consagración de un derecho que deviene, entre otras cosas, del esfuerzo del legislador, de fortalecer la democracia. Es decir, que para la Sala Electoral, el derecho a la inscripción de candidatos y listas de coalición a corporaciones públicas, no necesita esperar la expedición de una ley para que sea exigible su observancia, sobre todo cuando se presenta como una norma completa, como se expuso previamente, que no genera dificultades interpretativas al momento de su ejercicio, en relación con la inscripción, que es el tema objeto de debate dentro del presente asunto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 13 de diciembre de 2018, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2018-00019-00.](#)

Salvamento de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

INSCRIPCIÓN DE LISTAS DE COALICIÓN – Está sujeto a un desarrollo legal / INSCRIPCIÓN DE LISTAS DE COALICIÓN – La interpretación en la sentencia del artículo 262 de la Constitución Política es contradictoria / COALICIONES ELECTORALES – No hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político

Tesis: “Contrariamente a lo sostenido de forma mayoritaria por la Sala considero que no es posible la aplicación directa del artículo 262 de la C.P., modificado por el acto legislativo 02 de 2015, debido a que: (i) la inscripción de listas de coalición para la elección popular de corporaciones públicas es una materia que por disposición expresa del Constituyente está sujeta a un desarrollo legal; (ii) la interpretación de dicha norma constitucional realizada en la sentencia es contradictoria; (iii) la presentación de listas de coalición para las elecciones populares de corporaciones públicas no forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental consagrado en el artículo 40 de la C.P.; (iv) consecuentemente, el fallo de tutela dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoce la Constitución Política. (...). [E]l derecho político a presentar listas de coalición para la elección popular de corporaciones públicas no puede ser reconocido en virtud de la aplicación directa del artículo 262 de la C.P., modificado por el acto legislativo 02 de 2015, debido a que: (i) el Constituyente dispuso de manera expresa que dicha materia debe ser regulada por la ley; y, (ii) en todo caso, la norma constitucional adolece de vacíos sobre aspectos esenciales para que pueda operar dicha figura, los cuales necesariamente deben ser llenados por el Legislador. (...). Esta interpretación [efectuada en la sentencia] del artículo 262 de la C.P., modificado por el acto legislativo 02 de 2015, es incoherente porque, de un lado, reconoce que el funcionamiento de las coaliciones debe ser objeto de desarrollo legal; sin embargo, de otro, concluye que la inscripción de listas por coalición no lo requiere. (...). [E]s equívoco sostener que la presentación de listas de coalición para la elección popular de corporaciones públicas no requiere de desarrollo legal, por tratarse de un derecho fundamental, pues lo cierto es que dicha materia no pertenece a su núcleo esencial. Por último, la sentencia objeto del presente salvamento de voto sustenta su ratio decidendi en la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección

Segunda – Subsección “D” en el proceso de tutela No. 250002342000202017-05487-00, en la cual se ordenó el amparo de los derechos fundamentales de los partidos políticos Polo Democrático Alternativo y Alianza Verde, los cuales, al sentir de dicha corporación judicial, habían sido vulnerados por la Registraduría Nacional del Estado Civil, al no permitirles la inscripción de una lista de coalición para las elecciones del Congreso de la República para el período 2018-2022. Si bien, la Sala reconoce que dicho fallo de tutela versaba sobre un caso concreto distinto al objeto de estudio, concluye que la Registraduría Nacional del Estado Civil actuó en debida forma al hacer extensiva en todo el territorio la decisión de atender la inscripción de candidatos de coalición a elecciones de miembros de corporaciones públicas ordenada en el trámite de dicha acción constitucional. Respecto a este argumento de la providencia, simplemente debo destacar que en atención a las razones expuestas a lo largo de este salvamento de voto, la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (...) en el proceso de tutela (...) desconoce la Constitución Política. (...). En virtud a lo expuesto, considero que la Sala debió acceder a las pretensiones de la demanda de nulidad electoral objeto de estudio, toda vez que el derecho de los partidos y movimientos políticos a presentar listas de coalición para la elección popular de corporaciones públicas requiere de desarrollo legal, sin que el mismo pueda ser reconocido con fundamento en la aplicación directa del artículo 262 de la C.P., modificado por el acto legislativo 02 de 2015.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 13 de diciembre de 2018, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2018-00019-00. S.V. del consejero Alberto Yepes Barreiro.](#)

31. Se negó la nulidad de los artículos 6 y 10 de la Resolución 920 de 2011, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad parcial de la Resolución 920 de 18 de agosto de 2011, en sus artículos 6 y 10, expedida por el Consejo Nacional Electoral, por medio de la cual se regula la promoción del voto en blanco, aduciendo que dicha autoridad invadió la competencia del Legislador y que, dichos temas deben regularse mediante ley estatutaria. Las pretensiones de la demanda se negaron, indicando que, mediante las normas demandadas, el CNE dio alcance a lo previsto en los artículos 21 y 28 de la Ley estatutaria 1475 de 2011.*

LEY ESTATUTARIA EN MATERIA ELECTORAL – Exige la aplicación de la reserva reforzada amplia / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL – La reposición de votos en blanco regulada por el CNE en el acto demandado no invade la competencia del Legislador / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL – La inclusión de los promotores del voto en blanco en la tarjeta electoral por parte del CNE en el acto demandado constituye una cuestión operativa y administrativa en desarrollo de su facultad reglamentaria que no invade competencias del Legislativo

Problema jurídico: *¿El Consejo Nacional Electoral invadió atribuciones del Legislador al haber regulado temáticas propias y exclusivas de aquellas que tienen reserva de ley estatutaria, con la expedición de la Resolución 920 de 18 de agosto de 2011, en sus artículos 6 y 10, en cuanto a que (i) reguló la inclusión de casillas adicionales por cada uno de los promotores del voto en blanco en la tarjeta electoral y (ii) reguló los presupuestos y condiciones para la reposición por votos válidos a favor de estos promotores del voto en blanco?*

Tesis: “La Sala observa ab initio y en forma temprana que el cargo no está llamado a prosperar, pues la presunta injerencia de la entidad accionada en labores legislativas que están conexas a la reserva de ley estatutaria, no es en realidad lo acontecido, como pasa a explicarse. Se afirma de ese modo, en tanto la existencia de la norma estatutaria está más que demostrada con las previsiones que se contienen en los artículos 21 y 28 de la Ley 1475 de 2011, ley de estirpe eminentemente estatutaria. En este caso, por el contrario al relatado, lo que se efectuó por parte del CNE fue dar alcance a los dispositivos 21 y 28 de la norma estatutaria vigente. (...). No se advierte como tal, entonces, que el CNE se haya desavenido o apartado de la norma estatutaria en cita, por lo que la censura de violación planteada por el actor no es de recibo porque no corresponde a la realidad planteada en la censura al indicar que el CNE se arrogó función legislativa y asumió la regulación de un tema propio de Ley estatutaria, pues se itera que lo que hizo fue aplicar las garantías contenidas en la norma estatutaria ya existente. (...). [L]a Sala encuentra, acorde con la señora Agente del Ministerio Público que en un aparte la norma en estudio se adecuó al texto legal del estatutario 21 y a la teleología del estatutario 28 y, en lo restante, se trata de requisitos técnico administrativos cuya utilidad y necesidad se advierte, dado que el propósito es dar orden y seguridad a los recursos a reponer conforme cada voto válido, que por lo demás es de gran responsabilidad frente a un aspecto medular pos certamen electoral como es la reposición de gastos de campaña. (...). En consecuencia, el cargo no prospera. (...). [E]l CNE al consagrar en el artículo 6º de la Resolución 0920 de 2011, lejos de terminar inmerso en la asunción de competencias legislativas o de abordar una temática exclusiva de la reserva de ley estatutaria, lo que hizo fue implementar los mecanismos que permitieran a los Comités Promotores del voto en blanco consolidar su propósito en el ámbito de la reposición. La Sala hace claridad en que conforme al estudio antedicho, evaluativo de los presupuestos de cuándo un asunto requiere o se adecúa a la reserva de ley estatutaria, se considera que la previsión del artículo 6º es un asunto operativo dentro del sistema de financiación que la propia Ley Estatutaria 1475 de 2011 reconoció a favor de éstos, razón por la que el CNE disponía de la facultad de implementar el mecanismo de concreción en el tarjetón de quienes promueven la referida modalidad del voto, como una cuestión meramente operativa y administrativa en la que sí puede adentrarse el CNE en desarrollo de su facultad reglamentaria para expedir, mediante su facultad de regulación, preceptos que tiendan a salvaguardar la dinámica electoral, otorgando las garantías necesarias en beneficio de quienes allí participan, máxime si éstas se derivan del propio texto de la ley. (...). En esencia, las materias reglamentadas en los artículos 6º y 10º de la Resolución 0920 de 2018 por el CNE, independiente o no que sean operativas, y a diferencia de otros casos estudiados por la sección, se reitera, la Ley Estatutaria 1475 de 2011 hizo efectivo el derecho de promover el voto en blanco, razón por la cual la manera como debe operar este derecho es de competencia exclusiva del CNE, que en este evento no vulnera las disposiciones contempladas en la misma.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 24 de enero de 2019, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-28-000-2018-00063-00.](#)

Aclaración de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

VOTO EN BLANCO – Consecuencias cuando es mayoría / PROMOTORES DEL VOTO EN BLANCO – Son reconocidos en igualdad de condiciones que las demás agrupaciones políticas / COMITÉS PROMOTORES DEL VOTO EN BLANCO - Financiamiento

Tesis: “Si bien me encuentro de acuerdo con la decisión de negar las pretensiones de la demanda, al considerar que no existió la irregularidad alegada por la parte actora, esto es, el desbordamiento de las funciones del Consejo

Nacional Electoral al expedir los artículos 6º y 10º de la Resolución No. 920 de 2011, (...), la reglamentación así expedida no tuvo en cuenta los posibles efectos nugatorios frente a la opción del voto en blanco y sus consecuencias como a continuación expondré. (...). En primer lugar, considero que la financiación de las campañas debe realizarse para cuando se procura con la elección de un resultado que corresponda a la postulación de cargos uninominales o a corporaciones públicas, así como a decisiones de interés para el Estado, si se trata de mecanismos de participación ciudadana. (...). En segundo lugar, con la previsión legal se garantizó que los promotores del voto en blanco fueran reconocidos en igualdad de condiciones que las demás agrupaciones políticas que inscriben candidatos, pero, qué ocurre con el ciudadano votante que espera optar por el voto en blanco como expresión de su disenso o inconformidad. En este caso, se garantizó el derecho fundamental en una sola vía y es la de los promotores, sin tener en cuenta que puede afectarse la finalidad constitucionalmente prevista respecto del electorado con el reconocimiento de gastos de campaña en su promoción, dado que en algunos casos, las campañas políticas con el fin de obtener la financiación estatal, en cuanto hace a la reposición de gastos y otros derechos pecuniarios, pueden interferir en la manifestación real de la voluntad del elector con miras a obtener los mencionados beneficios. (...). En conclusión, considero que corresponde a la Organización Electoral como garante de la democracia tomar las medidas correspondientes para reducir el impacto que puede tener para el ejercicio libre de optar por el voto en blanco, la posibilidad que dicha iniciativa pueda ser financiada, así como también el hecho que varios comités promotores se inscriban respaldando dicha alternativa con el fin de recibir el reconocimiento de los gastos de campaña, más que en buscar la libertad en la manifestación popular de disenso ante los candidatos inscritos, para evitar se haga nugatoria la mencionada garantía.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 24 de enero de 2019, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-28-000-2018-00063-00. A.V. de la consejera Rocío Araújo Oñate.](#)

32. Se negó la nulidad del acto de elección de Omar Albeiro Mejía Patiño como rector de la Universidad del Tolima.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad de la designación del señor Omar Albeiro Mejía Patiño como rector de la Universidad del Tolima, argumentando que violó la prohibición de reelección puesto que ya había desempeñado ese cargo. Las pretensiones se negaron porque el demandado había ocupado el cargo de manera temporal o transitoria y la prohibición aplica para quienes han ocupado el cargo en propiedad.*

REELECCIÓN DE RECTOR – La prohibición aplica para quienes han ocupado el cargo en propiedad / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 1: *¿Estaba el demandado incurso en la prohibición consagrada en el párrafo tercero del artículo 2 del Acuerdo 015 de 2018 del Consejo Superior de la Universidad del Tolima?*

Tesis 1: “[L]a postura de la Sala en los últimos años frente a este tipo de normas que prohíben la reelección, la cual se reitera en esta ocasión, es que la restricción se limita a las personas que han sido formalmente elegidas con anterioridad para el cargo, es decir, para quienes hayan sido elegidos luego de adelantar los procesos de convocatoria y selección establecidos en la ley o el reglamento respectivo, y no para

quienes han simplemente ocupado la posición, por cualquier otra situación administrativa, como por ejemplo, el encargo. Por lo tanto, en criterio de la Sala, la prohibición de reelección inmediata en el cargo de rector de la Universidad del Tolima sólo aplica para quienes han ocupado dicho cargo en propiedad. (...). [E]s claro que tanto el encargo como la interinidad son formas de vinculación transitoria o temporal con el sector público, para las cuales no se requiere del adelantamiento de procesos de selección o convocatoria complejos, que sí son necesarios para los nombramientos en propiedad. Es decir, conforme las posturas jurisprudenciales en cita, es evidente que las designaciones en encargo o interinidad difieren radicalmente de las elecciones en propiedad. En este evento, el señor Omar Albeiro Mejía Patiño ocupó el cargo de rector de la Universidad del Tolima en encargo y luego en interinidad, es decir, en forma temporal o transitoria, de manera previa a ser elegido en propiedad para desempeñar dicha posición. Por lo tanto, es claro que el demandado aunque había ocupado el cargo de rector de la Universidad del Tolima de manera previa a la elección objeto de controversia, lo había hecho sin haber participado con anterioridad en el proceso de selección formal, es decir, no había sido elegido en el cargo de rector sino designado de manera temporal o transitoria, motivo por el cual no le es aplicable la prohibición contenida en el parágrafo 3 del artículo 2 del Acuerdo 015 de 2018 del Consejo Superior de la Universidad del Tolima. En tales condiciones, asiste razón a los recurrentes al afirmar que el a quo erró al haber concluido que el demandado se encontraba incurso en la prohibición anteriormente estudiada.”

EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD – No aplica frente al Acuerdo 031 de 2016 pues no reformó el Estatuto General de la Universidad / CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD – Sus miembros si estaban facultados para participar en la sesión en que resultó electo el demandado

Problema jurídico 2: *¿El a quo aplicó de manera correcta la excepción de ilegalidad respecto del Acuerdo 031 del 19 de diciembre de 2016?, para lo cual se debe definir si aquella aplica únicamente respecto de la ley y la Constitución Política o respecto de cualquier norma y si en el caso concreto se presentó la irregularidad alegada por el Tribunal.*

Tesis 2: “En criterio del a quo el Acuerdo 031 de 2016 no obtuvo las mayorías exigidas en el Estatuto General de la Universidad para su aprobación. Para el Tribunal el acuerdo en cuestión constituye una modificación del Estatuto General y por tanto, requería el voto de las 2/3 partes en los términos del artículo 18 numeral 9 del Acuerdo 104 de 1993, mientras que para los recurrentes dicha mayoría no era necesaria por cuanto no modificó en manera alguna dicho estatuto. (...). En ese orden de ideas, es claro que el Acuerdo 031 no constituye una reforma del Estatuto General de la Universidad del Tolima y por lo tanto, no era necesario que se sometiera a la regla de modificación consagrada en el artículo 18, numeral 9 del acuerdo 104 de 1993, es decir, para su aprobación no requería de las 2/3 partes de los miembros del Consejo Superior y la discusión en 2 sesiones verificadas con intervalo no menor de 10 días, sino que bastaba la mayoría simple consagrada en el artículo 17 del Estatuto General para el resto de las votaciones que tienen lugar en el ente universitario (...) por lo que no asiste razón al Tribunal de primera instancia al afirmar que el Acuerdo 031 de 2016 fue proferido en contravía de lo establecido en el numeral 9 del artículo 18 del Estatuto General de la Universidad del Tolima. Así las cosas, el Acuerdo 031 de 2016 sigue amparado de presunción de legalidad en el caso concreto y por tanto, los miembros del Consejo Superior cuestionados sí podían participar en la elección del demandado. (...). [L]os miembros del Consejo Superior tienen un período de 2 años, sin embargo, el Acuerdo 031 de 2016, autorizó que los miembros de los cuerpos colegiados de la Universidad –dentro de los cuales está el Consejo Superior- continuarán en sus posiciones a menos que perdieran la condición por la que fueran designados. (...). [E]n virtud del Acuerdo 031 de 2016 que prorrogó el período de los miembros del Consejo Superior, la totalidad de participantes en la sesión del 13 de junio de 2018 en que

resultó electo el demandado como rector, estaban facultados para participar en ella. Adicionalmente, refuerza el argumento el hecho de que tal y como lo expusieron los recurrentes, los Acuerdos 031 de 1991 y 012 de 2007 establecieron que los representantes de los profesores y de los estudiantes no pueden dejar sus cargos hasta tanto sean reemplazados en la forma prevista por el reglamento correspondiente. (...). En consecuencia, el argumento invocado por los recurrentes tiene vocación de prosperidad y por lo tanto, habrá de revocarse la decisión apelada en lo que tiene que ver con este punto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 28 de febrero de 2019, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 73001-23-33-000-2018-00383-01.](#)

33. Se negó la nulidad del acto de elección de Amanda Rocío González Rodríguez como Senadora de la República para el período constitucional 2018-2022.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de Amanda Rocío González Rodríguez como Senadora de la República, alegando que, para las fechas de inscripción y elección, su primo ejerció autoridad como Gobernador de Casanare y en ese cargo fungió como presidente del Órgano Colegiado de Administración y Decisión Región del Llano. Las pretensiones se negaron porque se acreditó que la demandada y su primo son parientes en cuarto grado de consanguinidad y no en tercer grado como exige la norma.*

INHABILIDAD DE CONGRESISTA POR PARENTESCO - Elementos para su configuración / INHABILIDAD DE CONGRESISTA POR PARENTESCO - Se niegan las pretensiones al no acreditarse el requisito del parentesco

Problema jurídico: *Se materializó en el caso concreto la causal de nulidad contenida en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, por la supuesta transgresión al numeral 5º del artículo 179 Superior, toda vez que, para las fechas de la inscripción y elección de la demandada, ¿el primo de la Senadora elegida ejerció autoridad como Gobernador de Casanare y en ese cargo fungió como presidente del Órgano Colegiado de Administración y Decisión Región del Llano?*

Tesis: “[A] interpretar el numeral 5º del artículo 179 de la Constitución, especialmente en lo que refiere a la expresión “en tercer grado de consanguinidad”, el Consejo de Estado concluyó que aunque en la norma constitucional solo se hace referencia, expresamente, al tercer grado de consanguinidad, debe entenderse que esta incluye también el primer y segundo grado, pues de lo contrario, una lectura literal conllevaría a la interpretación absurda, de que una persona podría ser congresista a pesar de ser el hijo o hermano de un funcionario que ejerza autoridad civil o política, pero no si es sobrino del mismo. Hecha esta precisión, en el caso concreto se asegura que el señor Josué Alirio Barrera Rodríguez es primo de la Senadora Amanda Rocío González Rodríguez. Sobre el punto fueron aportados por la parte demandada los registros civiles de nacimiento de la Senadora González Rodríguez (...); el de la madre de la señora Amanda Rocío (...); el del Gobernador de Casanare (...); y el de la madre del Gobernador. Además, frente al parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad como elemento de la inhabilidad, se tiene que es un hecho aceptado por ambas partes que los señores Amanda Rocío González Rodríguez y Josué Alirio Barrera Rodríguez son primos, y ello también se concluye del análisis de los registros civiles enunciados, razón por la cual no cabe duda que estas dos personas son primos. (...). [E]stá plenamente acreditado el vínculo por parentesco entre Amanda Rocío González Rodríguez y Josué Alirio Barrera Rodríguez,

sin embargo, se advierte que dicho parentesco es en el cuarto grado de consanguinidad y en consecuencia, no se ubica dentro del tercer grado, como lo exige el primer requisito que impone la norma para la configuración de la inhabilidad. Por lo tanto, comoquiera que no se cumple con el parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, y en consideración a que éste es el primero de los elementos configurativos de la referida inhabilidad, es claro que la demandada no se encontraba incurso en la prohibición establecida en el numeral 5 del artículo 179 constitucional, para ser elegida como Senadora de la República para el período constitucional 2018-2022, de manera que resulta irrelevante el estudio de las demás exigencias de la inhabilidad, como lo son el ejercicio de autoridad civil o política, la coincidencia de circunscripciones y el factor temporal de la misma.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 24 de enero de 2019, C.P Alberto Yepes Barreiro, radicación: 11001-03-28-000-2018-00093-00.](#)

XII. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

34. Debe adelantarse proceso de selección para elegir secretario de los Concejos Municipales.

Síntesis del caso: *El Departamento Administrativo de la Función Pública indagó a la Sala si, atendiendo que el secretario del concejo municipal es de elección de la respectiva corporación, debe surtirse proceso de selección para su escogencia, o es dable su designación directa por el órgano colegiado cuando se está frente a una falta absoluta.*

ELECCIÓN DE SECRETARIO DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES – Requiere proceso de selección

Problema jurídico: *¿Es procedente la elección del secretario del concejo municipal por parte de esas corporaciones dentro de los diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus periodos constitucionales o en cualquier periodo de sesiones cuando se presentan faltas absolutas o debe aplicarse por analogía el proceso de selección a que se refiere el artículo 12 de la ley 1904 de 2018 para proveer dicho cargo?*

Tesis: “[E]n el caso específico de la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales por parte de estos, se deben aplicar por analogía, las disposiciones de la Ley 1904 de 2018, conforme a lo establecido por el parágrafo transitorio del artículo 12 de ésta, por cuanto dichos Secretarios son servidores públicos y los Concejos Municipales constituyen corporaciones públicas, lo cual significa que se dan los supuestos de la norma contenida en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución, al cual remite el citado parágrafo transitorio”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 11 de diciembre de 2018, C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2018-00234-00 \(2406\).](#)

35. Edad de retiro forzoso no es aplicable a particulares miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas.

Síntesis del caso: *Se indagó si la causal de retiro forzoso relacionada con la edad prevista en la ley 1821 de 2016 es aplicable a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas, indicándose por parte de la Sala que por el hecho de no ejercer funciones públicas de manera permanente, la Ley 1821 de 2016, sobre edad de retiro forzoso, no es aplicable a los representantes del Presidente de la República que sean particulares, en las juntas o consejos directivos de las entidades públicas descentralizadas de la Rama Ejecutiva, en el orden nacional.*

PARTICULARES MIEMBROS DE LAS JUNTAS O CONSEJOS DIRECTIVOS DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS– Inaplicabilidad de la edad de retiro forzoso prevista en la ley 1821 de 2016

Problema jurídico: *¿La edad de retiro forzoso establecida en la Ley 1821 de 2016, que cubija a las personas que desempeñen funciones públicas, resulta aplicable a los representantes del presidente de la República en las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva del orden nacional que sean particulares?*

Tesis: “[T]ales particulares no ejercen funciones públicas de manera permanente, sino transitoria u ocasional, independientemente de la duración de su encargo. En efecto, es importante recordar, en primer lugar, que las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas, si bien son órganos de dirección y administración que forman parte de la estructura de dichas entidades, no ejercen sus funciones públicas de manera permanente, sino periódica u ocasional, esto es, cada vez que se reúnen, ya sea en sesiones ordinarias o extraordinarias. (...) [N]o sobra recordar que los integrantes de dichos cuerpos colegiados que sean servidores públicos cumplen funciones públicas de modo permanente, pero no por su pertenencia a la junta o consejo, sino en virtud de los respectivos cargos que ejerzan previamente (ministro, viceministro, director de departamento administrativo, presidente de una entidad descentralizada etc.). Ahora bien, si dichos particulares no cumplen funciones públicas de manera permanente, tal como se ha demostrado, se colige necesariamente, de lo explicado en el acápite anterior, que a dichos individuos no les resulta aplicable la Ley 1821 de 2016, en lo que atañe a la edad de retiro forzoso, por lo que tales personas pueden ser designadas para ejercer tales funciones públicas aunque tengan setenta (70) años de edad o más, y pueden continuar desempeñándolas después de cumplir dicha edad, cuando hayan sido designados con anterioridad”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 5 de febrero de 2019, C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación: 11001-03-06-000-2018-00233-00.](#)

36. Superintendencia de Notariado y Registro es competente para conocer las investigaciones disciplinarias contra curadores urbanos por hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia del título IV de la Ley 1796 de 2016.

Síntesis del caso: *Se determinó por la Sala la competencia de la Superintendencia de Notariado y Registro para investigar disciplinariamente a un curador por supuestas irregularidades en el trámite de otorgamiento de una licencia, sin perjuicio del poder disciplinario preferente que en cualquier momento y en forma discrecional puede ejercer la Procuraduría General de la Nación.*

RÉGIMEN DISCIPLINARIO APLICABLE A LOS CURADORES URBANOS – A cargo de la Superintendencia de Notariado y Registro sin perjuicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación

Problema jurídico: *¿Cuál es la autoridad competente para evaluar la existencia de presuntas irregularidades por parte de un curador urbano en proceso de expedición de licencia de urbanismo del 22 de diciembre de 2016, fecha posterior a la entrada en vigencia de la ley 1796 de 2016?*

Tesis: “[E]n contra de lo señalado por la Superintendencia, el artículo 24 no le encomienda a dicha entidad el encargo exclusivo de dar aplicación a la Ley 1796 de 2016. Por el contrario, la norma en comento dispone que el régimen disciplinario especial para los curadores urbanos se aplicará por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro, sin perjuicio del poder preferente que podrá ejercer la Procuraduría General de la Nación, el que, como se ha establecido, no es de carácter obligatorio (...) [A] partir de la entrada en vigencia del artículo 24 de la Ley 1796 de 2016, la autoridad competente para aplicar *la ley disciplinaria* a los curadores urbanos es la Superintendencia de Notariado y Registro, lo que, recalca la Sala, no la exime de aplicar los principios del derecho administrativo sancionatorio y constitucional -entre otras disposiciones el artículo 29 del texto superior- en materia del debido proceso de este tipo de actuaciones administrativas, en razón a que se trata de garantías constitucionales que no pueden ser ignoradas.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto negativo de competencias administrativas del 23 de enero de 2019, C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2018-00244-00.](#)

37. Dirección de investigación de protección al consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para tramitar queja contra Transmilenio S.A, Recaudo Bogotá S.A.S. y Angelcom S.A porque obligan a los usuarios del SITP a adquirir la tarjeta inteligente “TULLAVE”.

Síntesis del caso: *Se planteó conflicto de competencias entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia de Puertos y Transporte para atender queja relacionada con presunta violación de los derechos del consumidor de los usuarios del SITP, determinándose por la Sala que dicha competencia recae en la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio por tratarse de un tema de derechos del consumidor.*

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – Competencia residual para tramitar investigaciones administrativas / REQUERIMIENTO RELACIONADO CON MEDIOS DE PAGO Y ACCESO AL SERVICIO DE TRANSPORTE TULLAVE – Actuación administrativa de protección al consumidor

Problema jurídico: *¿Cuál es la autoridad competente para evaluar la existencia de presuntas irregularidades por parte de un curador urbano en proceso de expedición de licencia de urbanismo del 22 de diciembre de 2016, fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 1796 de 2016?*

Tesis: “El Decreto 4886 de 2011 modificó la estructura de la SIC y señaló las funciones de cada una de sus dependencias. Si bien no hace referencia expresa a la Ley 1480, su estructura se adecúa a las funciones tanto administrativas como jurisdiccionales que ha ejercido en los asuntos de protección del consumidor (...) De acuerdo con el artículo 12,

numeral 1, el Decreto 4886 (...) estableció como función de la Dirección de Investigación de Protección al Consumidor, la de: “1. Decidir y tramitar las investigaciones administrativas que se inicien de oficio o a solicitud de parte por presunta violación a las disposiciones vigentes sobre protección al consumidor cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad (...) La solicitud de implementación de sistemas que mejoren las condiciones de la reglamentación del medio de pago y acceso al servicio de transporte, TULLAVE, a que se contrae la queja, se encamina a promover actuaciones administrativas de protección al interés general y a los derechos de los consumidores usuarios del SITP y, por consiguiente, debe activar el ejercicio de las funciones de control y vigilancia propiamente administrativas, de competencia de la Superintendencia de Industria y comercio, de que trata el artículo 59 de la Ley 1480.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto negativo de competencias administrativas del 23 de enero de 2019, C.P. Germán Alberto Bula Escobar, radicación: 11001-03-06-000-2018-00027-00.](#)