

EDICIÓN

246

SEPTIEMBRE DE 2021

BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



PUBLICACIÓN MENSUAL

República de Colombia
Consejo de Estado

Marta Nubia Velásquez Rico
Presidenta Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate
Hernando Sánchez Sánchez
Sandra Lisset Ibarra Vélez
Marta Nubia Velásquez Rico
Jaime Enrique Rodríguez Navas
Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz
Myriam Stella Gutiérrez Argüello
Óscar Darío Amaya Navas
Paula Johanna León Mora

RELATORÍAS

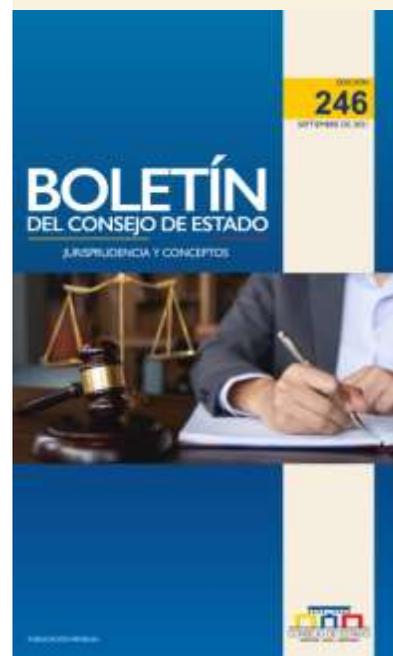
Sección Primera de lo Contencioso Administrativo
[Liliana Marcela Becerra Gámez](#)
Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo
[Gloria Cristina Olmos Leguizamón](#)
[Antonio José Sánchez David](#)
Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo
[Jorge Eduardo González Correa](#)
[Natalia Rodrigo Bravo](#)
[Natalia Yadira Castilla Caro](#)
[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
[Yulieth Esperanza Rodríguez Nieto](#)
Acciones Constitucionales
[Pedro Javier Barrera Varela](#)
[Camilo Augusto Bayona Espejo](#)
[Juan Alejandro Suárez Salamanca](#)

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 246, septiembre de 2021
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.
Palacio de Justicia
Bogotá D.C. – Colombia



CONTENIDO

CONTENIDO.....	3
EDITORIAL.....	4
I. NORMAS ANULADAS	5
II. LEGALIDAD CONDICIONADA	6
III. EXHORTOS.....	6
V. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN	8
V. AUTO DE UNIFICACIÓN	18
VI. ASUNTOS CONSTITUCIONALES	25
VII. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	36
IX. SECCIÓN PRIMERA	38
X. SECCIÓN SEGUNDA	41
XI. SECCIÓN TERCERA	57
XII. SECCIÓN CUARTA.....	76
XIII. SECCIÓN QUINTA.....	88
XIV. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.....	95

EDITORIAL

En la edición 246 del «Boletín del Consejo de Estado- Jurisprudencia y Conceptos» se introduce una modificación de estilo que facilita la lectura del texto, en tanto, se cambia el uso de dos columnas - tradicionalmente utilizado en artículos de revista- por una sola.

Se reseñan cinco normas anuladas, una norma cuya legalidad fue condicionada y se hace referencia a dos exhortos efectuados por la Sección Segunda y la Sección Quinta, respectivamente. En el primero, la Sección Segunda exhortó al Congreso de la República para que, con la debida garantía de la consulta previa, expida un régimen especial que regule las relaciones entre el Estado y el personal docente de las comunidades étnicamente diferenciadas. En el segundo, la Sección Quinta exhortó a la magistrada del Tribunal Administrativo de Córdoba para que tramite solicitudes de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

En lo que atañe a las sentencias de unificación jurisprudencial se indicó que la acción de grupo es improcedente para tramitar pretensiones en las que se solicite indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos. De otro lado, la Sección Quinta sentó jurisprudencia al señalar que es improcedente que se restrinja a los aspirantes al cargo de personero municipal o distrital, que sólo puedan inscribirse a una sola convocatoria.

A su vez, se incorpora un auto de unificación en el que se dispuso inaplicar el medio de control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, regulado en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, por considerar que es incompatible con las normas superiores.

También se incluyen reseñas de decisiones interesantes y novedosas de las distintas Secciones del Consejo de Estado, así como, el extracto de un conflicto de competencias y un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Damos la bienvenida a los nuevos suscriptores y agradecemos la permanencia de nuestros lectores habituales. Invitamos muy especialmente a todas las personas que consultan por primera vez el "Boletín del Consejo de Estado - Jurisprudencia y Conceptos" a suscribirse (<https://forms.office.com/r/HJ8Qp1K4qZ>) y recibir mensualmente las próximas ediciones en su correo.

I. NORMAS ANULADAS

1. La Circular Externa 192 de 2000, “Asunto: Abandono y aprehensiones de mercancías”, expedida por el Director de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de julio de 2021, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-27-000-2009-00004-00. \(ver página 40 de este boletín\).](#)

2. El Decreto 3323 de 2005 «Por el cual se reglamenta el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones», expedido por el gobierno nacional, y, por conformar unidad normativa con este, la del Decreto 140 de 2006, y la de los artículos 2.4.1.2.1. a 2.4.1.2.18. del Decreto Único Reglamentario del Sector Educación.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 26 de agosto de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2019-00210-00\(1356-19\) Ver página 47 de este Boletín.](#)

3. La Ordenanza 07 del 12 de noviembre de 1992, «por la cual se establece el Sistema de Clasificación y Nomenclatura de los empleados del Estado al Servicio de la administración central y descentralizada del Departamento y se fijan las escalas de asignación correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones», expedida por la Asamblea Departamental de Córdoba, en su artículo 36, que creó la prima semestral para los empleados de ese ente territorial.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 22 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 23001-23-33-000-2013-00163-02\(4789-18\) Ver página 43 de este Boletín.](#)

4. El Decreto 1419 del 6 de agosto de 2019, expedido por el Gobierno Nacional, “Por el cual se reglamentan los artículos 274 y 275 de la Ley 1955 de 2019”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 5 de agosto de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2019-00046-00 \(24890\) \(ver página 81 de este boletín\).](#)

5. Los conceptos 024096 del 20 de agosto, 027156 del 17 de septiembre y 034749 del 4 de diciembre, todos de 2015 y proferidos por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Los conceptos 14749008481216 del 8 de mayo de 2017 y 001961 del 25 de enero de 2019, proferidos por la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 5 de agosto de 2021, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2019-00021-00 \(24576\) \(ver página 78 de este boletín\).](#)

II. LEGALIDAD CONDICIONADA

1.- La Resolución 040 de 2015 “Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad”, proferida por el Procurador General de la Nación, en lo que corresponde a su artículo 17 numeral 1 inciso 3, en el entendido de que en la prueba de análisis de antecedentes puede otorgarse puntaje tanto a los posgrados (maestrías, doctorados o posdoctorados en derecho) que sean específicos respecto de la convocatoria y empleo correspondiente, así como también, aquellos cuyo título no especifique determinada área de profundización del derecho, pero de los cuales se pueda derivar, bien sea por las calificaciones obtenidas, por el contenido del programa académico cursado o por la tesis o trabajo de investigación adelantado, que el concursante cuenta con la idoneidad profesional y los conocimientos previstos en cada convocatoria para el desempeño del empleo correspondiente. Así también, los artículos 5º inciso 3º, 9º numeral 2.9 y 17 párrafo 1º, en el entendido que las publicaciones de libros que dan lugar a puntaje en la prueba de análisis de antecedentes se pueden presentar en original y físico o en forma digital por quienes superen la prueba de conocimientos, en la fecha y lugares que se establezcan mediante aviso en la página web institucional, los cuales deberán calificarse bajo los mismos criterios y parámetros en términos de igualdad, siempre y cuando los derechos de autor de unos y otros se encuentren debidamente registrados y la publicaciones cuenten con el respectivo ISBN (International Standard Book Number), tal como se exige en el numeral 2º del art. 17 del acto demandando.

[Consejo de Estado, de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 30 de julio de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-25-000-2015-00366-00\(0740-15\). Ver página 49 de este boletín.](#)

III. EXHORTOS

1. La Sección Segunda exhortó al Congreso de la República para que, con la debida garantía de la consulta previa, expida un régimen especial que regule las relaciones entre el Estado y el personal docente de las comunidades étnicamente diferenciadas.

Es preciso anotar que a pesar de los múltiples requerimientos realizados al Congreso de la República, se observa con preocupación que en la actualidad aún puede constatarse la deuda legislativa con las comunidades étnicas en materia de educación, lo que se traduce en la transgresión del estatus constitucional especial de que gozan y del propósito del Constituyente de 1991 de reivindicar estos pueblos a través del reconocimiento pleno de su existencia, la eliminación de las prácticas discriminatorias y abusivas de las que han sido objeto históricamente, así como la protección frente al riesgo de desaparición física y cultural.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 26 de agosto de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2019-00210-00\(1356-19\) Ver página 47 de este Boletín.](#)

2. La Sección Quinta exhortó a la magistrada del Tribunal Administrativo de Córdoba para que tramite las solicitudes de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados según lo previsto en el artículo 277 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sobre el particular señaló: “Al regular el curso del proceso de nulidad electoral, el artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el último inciso, dispuso lo siguiente: “En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la Sala o Sección [...]”. (...). Advierte la Sala que lo procedente es que la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado sea decidida en el auto admisorio, que en este caso debía ser dictado por la Sala, por lo cual exhortará a la magistrada ponente del Tribunal Administrativo de Córdoba para que en adelante, en los procesos electorales, trámite estas solicitudes según lo previsto en la citada norma especial.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 26 de agosto de 2021, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 23001-23-33-000-2020-00053-01.](#)

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

1. La Sección Quinta sentó jurisprudencia señalando que es improcedente que se restrinja a los aspirantes al cargo de personero municipal o distrital, que sólo puedan inscribirse a una sola convocatoria.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del personero municipal de Aranzazu, Caldas, alegando principalmente que la ESAP, entidad contratada por el concejo municipal para intervenir en el proceso de elección del personero, lo sustituyó al prohibir la multiinscripción de los aspirantes al cargo. La Sala revocó la decisión de primera instancia, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda. Adicionalmente, sentó jurisprudencia señalando que es improcedente que los concejos municipales en sus convocatorias para la elección de personero municipal o distrital, así como los terceros o entidades especializadas de la Administración Pública que se contraten para el apoyo logístico en el desarrollo del concursos públicos de mérito para dichos efectos, establezcan como restricción para las aspirantes a dicho cargo, que sólo pueden inscribirse para una sola convocatoria, siendo que en todo momento se debe garantizar la amplia participación ciudadana. Así mismo, que la regla fijada tiene efectos hacia el futuro y su aplicación se predica a partir del próximo concurso público y abierto de méritos que se convoque para proveer el cargo de personero municipal y/o distrital.*

ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL - Posibilidad de limitar la inscripción de los participantes a una sola convocatoria / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – La Sección Quinta sienta jurisprudencia en el sentido de que es improcedente que se restrinja a los aspirantes al cargo a que se inscriban a una sola convocatoria / JURISPRUDENCIA ANUNCIADA – Aplicación hacia el futuro

Problema Jurídico: *¿Es procedente establecer por parte de los operadores logísticos contratados por los concejos municipales una limitación para la inscripción de los aspirantes al cargo de personeros municipales, en el sentido de permitir la participación de estos en una sola convocatoria?*

Tesis: “Así las cosas, bien sea que se decida por parte de los concejos llevar a cabo en forma directa el concurso, acudir a terceros o suscribir convenios asociativos o colectivos, lo cierto es que en todas ellas es improcedente imponer a los ciudadanos interesados en el acceso al cargo de personeros, que solo pueden presentarse a una convocatoria, cuando lo cierto es que independiente de la modalidad, una restricción en tal sentido no ha sido autorizada por el ordenamiento jurídico. Conforme a lo dicho, es claro que ello es improcedente, tanto al momento de la fijación de las condiciones de la convocatoria que adopten los órganos de elección, así como por parte de los operadores logísticos que se contraten o de los organismos especializados al interior de la Administración Pública a los que se acuda para la firma de convenios colectivos. (...). [E]sta Sección (...) sienta jurisprudencia en los siguientes términos: En aplicación de los principios de democracia participativa y libre concurrencia, así como de conformidad con lo señalado en el literal b), artículo 2.2.27.2 del Decreto 1083 del 2015, es improcedente que los concejos municipales en sus convocatorias para la elección de personero municipal o distrital, así como los terceros o entidades especializadas de la Administración Pública que se contraten para el apoyo logístico en el desarrollo del concursos públicos de mérito para dichos efectos, establezcan como restricción para las aspirantes a dicho cargo, que sólo pueden inscribirse para una sola convocatoria, siendo que en todo momento se debe garantizar la amplia participación ciudadana, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos para el acceso a dicha dignidad. (...). Esta Sala considera importante señalar, que la posición que se adopta en esta providencia, no solamente constituye precedente vinculante para todos los operadores judiciales, en los términos del artículo 270 de la Ley 1437 del 2011, modificado por el artículo 78 de la Ley 2080 del 2021, sino que también tiene aplicación hacia el futuro, es decir, a partir de la próxima vez que se convoque, por cualquier motivo, a la celebración de un concurso público de méritos para elegir a un personero municipal y/o distrital”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 12 de agosto de 2021, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2021-00030-00.](#)

2. La acción de grupo es improcedente para tramitar pretensiones en las que se solicite indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos. El juez natural para conocer y dirimir estas controversias es el juez laboral de lo contencioso administrativo, en desarrollo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Síntesis del caso: *Se declaró la improcedencia de la acción de grupo cuando las pretensiones están dirigidas a la indexación y pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de empleados públicos, señalando que corresponde al sistema jurídico laboral compensar e incluso indemnizar tales falencias.*

ACCIÓN DE GRUPO – Es improcedente cuando se pretenda indexación y pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos / PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE ACREENCIAS LABORALES – Competencia del sistema jurídico laboral / INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE ACREENCIAS LABORALES – A través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / DEBIDO PROCESO / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Problema Jurídico: *¿La acción de grupo procede “en aquellos eventos en que se persigue la reparación de perjuicios ligados al incumplimiento de acreencias laborales, indemnización que puede concretarse [...] en la indexación y el pago de intereses moratorios por el reconocimiento tardío de reajustes salariales”?*

Tesis: “Con el fin de desatar el mecanismo de revisión objeto de análisis, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que en el presente caso hay lugar a unificar jurisprudencia en el sentido que la acción de grupo resulta improcedente cuando se pretenda indexación y pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos. [...] En efecto, la afirmación incontestable de que la acción de grupo tiene naturaleza y finalidad indemnizatorias, como se explicó de manera amplia en el acápite correspondiente, lleva a concluir que aquella no es una vía procesal por la que puedan tramitarse pretensiones de carácter laboral, premisa que ha sido aceptada pacíficamente por esta Corporación y cuya justificación sigue teniendo plena vigencia. [...] Como puede observarse, el análisis de un perjuicio producido en un escenario laboral no se puede aislar del análisis de la prestación principal en su esencia, pues el primero tiene su génesis en la existencia y vulneración de la segunda. En ese sentido, son daños intrínsecos al sistema laboral, que encuentran causalidad en el vínculo jurídico empleador-empleado y que, por ende, deben indemnizarse en aplicación de los principios y reglas nacionales e internacionales de protección del trabajo. [...] Este argumento lleva a concluir que los efectos del incumplimiento de acreencias laborales y cualquier tipo de mecanismo correctivo que permita enderezar, compensar e incluso indemnizar tales falencias deben preferir el sistema jurídico laboral y, con ello, el juez laboral de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual también tiene como finalidad reparar los perjuicios que sean causados. Mutis mutandis, el conocimiento de los hechos que deban enjuiciarse a la luz de los elementos previstos en el artículo 90 Superior, relativos a la existencia de un daño antijurídico imputable a una autoridad pública, corresponde al juez de la acción de grupo, como juez de la responsabilidad del Estado. [...] Lo anterior, bajo el entendido de que razonar en términos de especialidad permite la salvaguarda de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva pues se brinda a los usuarios del servicio público de justicia la garantía de que su causa está siendo conocida por un juez investido de los conocimientos jurídicos y técnicos que se requieren para dirimir la controversia. [...] La acción de grupo es improcedente para tramitar pretensiones en las que se solicite la indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos. En tales casos, el juez natural para conocer y dirimir estas controversias será el juez laboral de lo contencioso administrativo, en desarrollo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\)](#)

Salvamento de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz**SALVAMENTO DE VOTO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO – Pretensiones indemnizatorias de naturaleza laboral / REGLA DE UNIFICACIÓN - Interpretación**

Problema Jurídico: *¿la regla de unificación desconoce la regulación legal de la acción de nulidad y restablecimiento y de la acción de grupo?*

Tesis: “En el fallo de unificación no se establece que las reclamaciones laborales que impliquen anular un acto administrativo no pueden tramitarse mediante una acción de grupo. Se adopta una regla mucho más general, que resulta aplicable a los procesos regidos por el CPACA: ninguna pretensión de naturaleza laboral, que provenga de un acto administrativo, de un hecho o de una omisión, así cause perjuicios uniformes a un grupo de más de veinte personas, puede tramitarse a través de una acción de grupo. Esto es lo que hace que sus efectos sean muy graves. Considero que la regla de unificación no interpreta las normas legales vigentes; por el contrario, desconoce la regulación legal de la acción de nulidad y restablecimiento y de la acción de grupo. Bajo las reglas del C.C.A. no podía afirmarse que todas las pretensiones indemnizatorias de naturaleza laboral debían reclamarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento; y en el contexto normativo tampoco podía concluirse la improcedencia de la acción de grupo para reclamar indemnizaciones de naturaleza laboral, cuando no fuera necesario impugnar la legalidad de un acto administrativo”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\) S.V. Martín Bermúdez Muñoz](#)

Salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata**SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / REPARACIÓN DIRECTA**

Problema Jurídico: *¿Se excedió el ámbito de competencia de la Sala, que había sido determinado en el Auto en el cual se avocó conocimiento?*

Tesis: “Los motivos de mi voto disidente son: (1) se excedió el ámbito de competencia de la Sala, que había sido determinado en el Auto en el cual avocó conocimiento; (2) se unificó con una metodología inapropiada, pues primero se crearon reglas generales y luego se decidió el caso; (3) se dieron efectos retroactivos a la decisión, sin explicar su fundamento y posiblemente en contra de algunos derechos; (4) se restringió indebidamente, en contra de normas superiores, el ámbito de aplicación de la acción de grupo; (5) se hizo una distinción que no tiene fundamento constitucional y es contraria al derecho de daños, entre restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios; y (6) se desconoció la historia de los medios de control que no tiene un fundamento sustantivo, sino procesal, para distinguir entre acción de reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho. [...] Considero que la Sala no debió exceder el ámbito de competencia que se había demarcado en el Auto por medio del cual avocó conocimiento para, con un claro propósito expansivo y generalizador, hacer afirmaciones sobre todas las acreencias laborales y la improcedencia absoluta de la acción de grupo en esta materia. Por ello, pese a que se presenten afirmaciones como las citadas que pueden hacer pensar en alcances mayores de la sentencia de la que disiento, entiendo que solamente se unificó jurisprudencia en relación con lo que explícitamente se consignó en la parte resolutive de la decisión, esto es, la improcedencia de la acción de grupo en materia de “indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Alberto Montaña Plata](#)

Salvamento de voto del consejero Alexander Jojoa Bolaños (E)**SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO – En algunos casos es el medio más garantista en la protección de los derechos laborales**

Problema Jurídico: *¿la nulidad y restablecimiento del derecho siempre garantiza la protección de los derechos laborales?*

Tesis: “Para proteger los derechos laborales no era necesario exigir que todas las pretensiones laborales se ventilaran a través de la nulidad y restablecimiento del derecho, dado que hay pretensiones que por su escasa rentabilidad resultan muy onerosas para el trabajador individualmente considerado. En contraste, la suma de las indemnizaciones que pueden obtener los empleados que compartan una causa, les permite proceder judicialmente para reclamar sus derechos, pues el costo del proceso judicial es asumido por unos pocos, quienes benefician a la colectividad de la que hacen parte. Litigio que podría convertirse en una plataforma para transformar las condiciones laborales a favor de los empleados. Por tanto, el juez de la nulidad y restablecimiento no es el más garantista en todos los casos, pues para acudir a él hay que agotar ciertos trámites que pueden desincentivar al empleado. En esos asuntos, el juez de la acción de grupo sí puede garantizar el acceso efectivo a una garantía judicial, porque facilita los medios de defensa a los empleados que de otra forma deberían erogar más de lo que significaría una eventual condena a su favor”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Alexander Jojoa Bolaños](#)

Aclaración de voto del consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / INCREMENTO SALARIAL - Reconocimiento

Problema Jurídico: *¿el reconocimiento del derecho al incremento salarial es una cuestión que previamente debió reclamarse a la administración?*

Tesis: “En definitiva, como son evidentes las diferencias entre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de grupo, considero que, a pesar de la autorización del artículo 145 CPACA, siempre que exista un acto administrativo desfavorable lo procedente es ejercer la respectiva acción de impugnación para que el juez examine la legalidad de la decisión y, si fuera el caso, restablezca el derecho conculcado y/o ordene la indemnización de perjuicios. En asuntos como el estudiado, la conclusión es mucho más simple: el reconocimiento del derecho al incremento salarial es una cuestión que previamente debió reclamarse a la administración. El control judicial, vía nulidad y restablecimiento del derecho de contenido laboral, solo se activa cuando la administración, mediante acto expreso o ficto, deniega el reconocimiento de tal derecho. Advertida la nulidad del acto, el juez puede declarar la nulidad y reconocer el incremento salarial, incluso podrá ordenar que se indemnicen los perjuicios causados”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), A.V. Julio Roberto Piza Rodríguez](#)

Salvamento de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – Alcance de las subreglas jurisprudenciales / ACREENCIA LABORAL / ACCIÓN DE GRUPO - Finalidad

Problema Jurídico: *¿las subreglas jurisprudenciales que condujeron la decisión desbordan el ámbito de la unificación?*

Tesis: “Si bien la regla unificada se ocupa exclusivamente de señalar la improcedencia de la acción de grupo para reclamar la indexación y los intereses moratorios por el incumplimiento de las acreencias laborales, lo cierto es que las subreglas jurisprudenciales que condujeron la decisión del pleno en ese sentido, desbordan el ámbito de la unificación, porque abarcan la improcedencia de la acción de grupo para tramitar cualquier pretensión indemnizatoria de perjuicios, materiales y/o inmateriales, cuando se trata de acreencias laborales. [...] Si bien la regla unificada se ocupa exclusivamente de señalar la improcedencia de la acción de grupo para reclamar la indexación y los intereses moratorios por el incumplimiento de las acreencias laborales, lo cierto es que las subreglas jurisprudenciales que condujeron la decisión del pleno en ese sentido, desbordan el ámbito de la unificación, porque abarcan la improcedencia de la acción de grupo para tramitar cualquier pretensión indemnizatoria de perjuicios, materiales y/o inmateriales, cuando se trata de acreencias laborales. De suyo, la

base que permitió a la Sala Plena privilegiar la plenitud de la jurisdicción laboral para conocer, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las pretensiones indemnizatorias referidas a la indexación y a los intereses moratorios por el incumplimiento o pago tardío de los salarios, es la redefinición del concepto de “acreencia laboral” en el sentido de cobijar cualquier contingencia que tenga como causa la relación laboral. Me aparto de este razonamiento general, amplio y abstracto, porque no está acorde con la naturaleza y finalidad que tienen cada acción conforme con la ley, confunde el origen de la acreencia con la fuente del daño, y, por esta vía, impone restricciones a la finalidad y efecto útil de la acción de grupo, no previstas en el ordenamiento constitucional y legal, ni desarrolladas por la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo que se ha ocupado de esta materia”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Rocío Araújo Oñate](#)

Salvamento de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto

SALVAMENTO DE VOTO / CASO CONCRETO – Regla de unificación no consulta las normas constitucionales y legales aplicables a dicha acción.

Problema Jurídico: *¿la regla de unificación consulta las normas constitucionales y legales aplicables a la acción de grupo?*

Tesis: “Con el respeto debido por la decisión mayoritaria de la Sala, expuesta en la providencia del 13 de julio de 2021, me permito salvar el voto, por cuanto considero que la regla de unificación, conforme con la cual, «[l]a acción de grupo es improcedente para tramitar pretensiones en las que se solicite indexación e intereses de mora por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos. El juez natural para conocer y dirimir estas controversias será el juez laboral de lo contencioso administrativo, en desarrollo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho», no consulta las normas constitucionales y legales aplicables a dicha acción”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Stella Jeannette Carvajal Basto](#)

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO – No reemplaza ni sustituye el mecanismo previsto por el ordenamiento para que un afectado por la mora en el pago de una acreencia laboral, previa decisión de la Administración, acuda al juez administrativo competente para conocer de las controversias entre el Estado empleador y sus servidores / FALLO DE UNIFICACIÓN - Se trata de una decisión que, al reconocer un derecho, sirve de criterio auxiliar de la actividad judicial para resolver controversias con similares supuestos fácticos y jurídicos. FALLO DE UNIFICACIÓN - No cumple su función si la decisión niega las pretensiones / REGLA O “PRECEDENTE JUDICIAL” - El juez tiene prohibido proveer por vía de disposición general en los negocios de su competencia / CADUCIDAD PARA RECLAMAR ACREENCIAS LABORALES - Como el término para formular un medio de control se fija en un precepto de orden público, el interesado en la reclamación no puede “escoger” el término que le sea más beneficioso.

Problema Jurídico: *¿la acción de grupo es el mecanismo idóneo para resolver controversias entre el Estado empleador y sus servidores por la norma en el pago de una acreencia laboral?*

Tesis: “Como todo medio de control judicial, la acción de grupo tiene un propósito específico: la reparación de un daño a un grupo plural de personas, que tiene una causa común. Por ello, esta acción no tiene un carácter sucesivo o paralelo en relación con otras acciones judiciales. Acompañé el fallo porque la acción de grupo no reemplaza ni sustituye el mecanismo previsto por el ordenamiento para que un afectado por la mora en el pago de una acreencia laboral, previa decisión de la Administración, acuda al juez administrativo competente para conocer de las controversias entre el Estado empleador y sus servidores (nulidad y restablecimiento del derecho). Propiciar la multiplicidad de recursos judiciales para un mismo propósito atenta contra la coherencia del ordenamiento jurídico y destruye la seguridad jurídica, fundamento esencial de la convivencia pacífica. Podría reprocharse que el criterio que adoptó la Sala priva a los afectados por la mora en el pago de acreencias

laborales de acudir a la acción de grupo o de acogerse al grupo beneficiario de un fallo favorable. Sin embargo, la acción de grupo -se reitera- no es el mecanismo para reclamar el pago de esa mora. Admitir el criterio contrario, implicaría permitir que el afectado por esa situación, a su arbitrio, decida si acude al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho -dentro del término de caducidad de cuatro meses para formular la demanda- o si se beneficia de un término mayor previsto para la acción de grupo -los dos años siguientes a la fecha en que se originó el daño-. El término de caducidad está previsto en un precepto de orden público (arts. 13 CGP y 164 CPACA) -indisponible para el juez y las partes-. Está concebido para definir un plazo objetivo e invariable para que quien pretenda ser titular de un derecho, opte por accionar ante las autoridades competentes. La seguridad jurídica no es compatible con dejar en manos del titular de la acreencia laboral, que “escoja” el término de caducidad que gobierna su reclamación”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), A.V. Guillermo Sánchez Luque](#)

Salvamento de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO - Carácter indemnizatorio / ACCIÓN DE GRUPO – Alcance

Problema Jurídico: *¿Se limitó injustificadamente el carácter indemnizatorio de la acción de grupo?*

Tesis: “Lo anterior, porque con el debido respeto considero que excedió el ámbito de competencia con que se contaba para abordar la resolución del asunto. De una parte, porque la regla establecida se soportó en argumentos que cobijan emolumentos diferentes a los que dieron origen a la reclamación del grupo (indexación de salario e intereses moratorios). De otra, porque se extiende a las acciones de grupo reguladas en una codificación diferente a aquella definida por la Sala Plena al momento de avocar el conocimiento del asunto (Código de lo Contencioso Administrativo). Adicionalmente, considero que la regla establecida por la mayoría de la Sala Plena limita injustificadamente el carácter indemnizatorio de la acción de grupo, pues sustrae las acreencias laborales de su ámbito de reclamación, con independencia de su naturaleza retributiva o indemnizatoria; actuación que no solo confunde el medio de reclamación con el derecho sustancial aplicable, sino que afecta el plexo de garantías con las que un sector de los administrados (servidores públicos) cuentan para obtener la indemnización de perjuicios de “baja entidad”, al tiempo que mina la función de disuasión que se le ha reconocido al mecanismo en comento”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Myriam Stella Gutiérrez Argüello](#)

Salvamento de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter

SALVAMENTO DE VOTO / DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – Limitación / ACCIÓN DE GRUPO / ACREENCIAS LABORALES – Pago tardío

Problema Jurídico: *¿existe fundamento constitucional o legal que impida a los demandantes acudir a la acción de grupo con la finalidad de obtener indemnización de perjuicios por el daño causado por el reajuste tardío o no realizado de sus salarios como servidores públicos?*

Tesis: “Es contraria a la Constitución Política (artículo 89) y a la Ley 472 de 1998 (artículos 46 y 47) la conclusión a la que se llegó en el fallo, en el sentido de que «[L]a indexación y el pago de intereses moratorios, como medidas correctivas con miras a restablecer los derechos laborales violentados e indemnizar los perjuicios que con ello se hayan podido generar, se enmarcan en un escenario laboral que resulta extraño al ámbito de responsabilidad patrimonial estatal que se discute en la acción de grupo, por lo que en tales eventos esta vía procesal se torna improcedente» (párrafo 105). Cohíbe el pleno ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de los ciudadanos la aseveración que se hace en la providencia aprobada, en cuanto que el «juez natural para conocer las controversias en las que se exija su pago, será el juez laboral de lo contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho», puesto que no se encuentra fundamento constitucional ni legal que impida a los demandantes acudir a la acción de grupo con la finalidad de obtener indemnización de perjuicios por el daño causado por el reajuste tardío o no realizado de sus salarios como servidores públicos. Ni el constituyente ni el legislador consagraron una restricción de tal entidad”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Carmelo Perdomo Cuéter](#)

Aclaración de voto del consejero Luis Alberto Álvarez Parra

ACLARACIÓN DE VOTO / MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN – Finalidad

Problema Jurídico: *¿La Sala debió confirmar, revocar o modificar la sentencia objeto de revisión?*

Tesis: “A mi juicio, la justificación que plantea la sentencia como razón suficiente para no revisar la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, no se aviene a la finalidad de este instrumento procesal, pues, el fundamento del mecanismo de revisión eventual, no es el desconocimiento de una sentencia de unificación jurisprudencial previa, como si ocurre, por ejemplo, con el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, previsto en los términos de los artículos 256 y siguientes del CPACA, sino unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo, en procura de lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales, como se deriva del artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. En el presente caso, se fijaron las reglas de unificación sobre la improcedencia de la acción de grupo para reclamar el pago de indexación e intereses moratorios por el reconocimiento tardío de los reajustes salariales, aspecto que comparto plenamente. Sin embargo, la Sala debió, seguidamente, proceder a confirmar, revocar o modificar la sentencia objeto de revisión, pues, no otro es el sentido de seleccionar y luego avocar el conocimiento de un asunto, sino es para culminar con un juicio que disponga, finalmente, en qué términos queda el fallo objeto de revisión, luego de señalar las reglas de unificación jurisprudencial. Esta omisión no solo envuelve una incongruencia en sí misma, sino un equívoco, en tanto, se dijo que la razón para no revisar el fallo, era la ausencia de una sentencia de unificación sobre la materia, o lo que es lo mismo, que las decisiones “constan en autos de ponente o en sentencias proferidas por subsección” y, en tal sentido, “no se observa que previo al proferimiento de esta sentencia existiere una posición que, en los términos del artículo 270 del CPACA, pudiera considerarse como genuina de unificación jurisprudencial”, por cuanto esto es, justamente, el objeto del mecanismo de revisión eventual”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), A.V. Luis Alberto Álvarez Parra](#)

Salvamento de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO - Es procedente cuando se pretenda la indexación y el pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos

Problema Jurídico: *¿La acción de grupo es procedente cuando se pretenda la indexación y el pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos?*

Tesis: “El suscrito Magistrado considera respetuosamente que la acción de grupo es procedente cuando se pretenda la indexación y el pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de los empleados públicos, así: En virtud de la Ley 472 y los desarrollos jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, señalados supra, la acción de grupo es procedente para reclamar la indemnización de perjuicios, toda vez que procede respecto de toda clase de derechos subjetivos de origen constitucional o legal sin la exclusión de ninguna índole. A su vez, porque el reconocimiento de la indexación y de los intereses moratorios no “[...] son emolumentos de naturaleza laboral [...]”, en la medida que no corresponden a una retribución directa por los servicios prestados y, por el contrario, buscan: Castigar al deudor incumplido por el pago tardío de la obligación que se ha debido cancelar oportunamente en los términos legalmente dispuestos en la ley y ajustar al valor real una suma de dinero previamente reconocida, equivalente al perjuicio recibido por no el cumplimiento tardío de una obligación de carácter laboral (salarios y prestaciones). Su reconocimiento presupone la existencia de una obligación incumplida, cuya omisión produjo un perjuicio, que, en el caso sub examine, corresponde a la pérdida del poder adquisitivo de los salarios y prestaciones sociales que en su momento debieron recibir de manera oportuna los empleados públicos de la Gobernación del Departamento de Antioquia; es decir, que están encaminados a obtener un resarcimiento de

perjuicios y no la declaración y existencia de un derecho laboral. En el caso sub examine la causa del daño reclamado no surge de un acto administrativo, sino de la conducta omisiva de la administración”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Hernando Sánchez Sánchez](#)

Salvamento de voto del consejero Oswaldo Giraldo López

SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – Procedencia / REAJUSTES SALARIALES – Pago tardío / ACCIÓN DE GRUPO – Intereses moratorios e indemnización por pago tardío de reajustes salariales cuando ya han sido reconocidos / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Limitación

Problema Jurídico: *¿debió resolverse el caso concreto, sin proferirse una sentencia de unificación?*

Tesis: “Disiento de la unificación que se hizo en la providencia por cuanto, si bien es cierto, es pacífico que las acreencias laborales a las que tiene derecho el trabajador como retribución del servicio no pueden ser reclamadas a través de una acción de grupo, en lo que tiene que ver con el perjuicio, hay eventos, en los que puede ser autónomo, verbigracia, cuando la administración expide un acto reconociendo la prestación, pero ésta se hace efectiva tiempo después. (viii) De modo que unificar alrededor del tema de que las sumas que se soliciten por concepto de intereses moratorios e indemnización derivada del pago tardío de reajustes salariales cuando ellos ya han sido reconocidos, no puedan ser pedidas a través de la acción de grupo, desconoce los casos en que el perjuicio es autónomo y se reúnen los requisitos para que proceda esta acción; esto es, que exista identidad de causa y objeto, entendida como unos mismos fundamentos de hecho y de derecho, así como idénticas pretensiones. [...] Por lo tanto, considero que debió resolverse el caso concreto, sin proferir una sentencia de unificación alrededor de este tema, ya que existen sucesos que no encuadran dentro de la regla fijada y lo decidido puede implicar una restricción al acceso a la administración de justicia”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Oswaldo Giraldo López](#)

Salvamento de voto del consejero Rafael Francisco Suárez Vargas

SALVAMENTO DE VOTO / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMALIDADES / DERECHO AL TRABAJO – Derecho universal que amerita protección

Problema Jurídico: *¿se le podía exigir a los demandantes escoger determinada vía procesal para proponer sus pretensiones?*

Tesis: “En ese escenario, si la jurisprudencia no tiene claridad sobre el medio de control procedente, no debe prevalecer un formalismo frente al derecho sustancial o la propia justicia. Sobre el particular, resulta importante recordar que el derecho al trabajo es un derecho universal que amerita protección, pues las familias necesitan recursos, y, a falta de estos últimos, no puede haber empresa ni desarrollarse la sociedad. [...] El Estado es una organización política que se estructura para defender los derechos de las personas, y para cumplir tal obligación debe haber un respeto por los derechos del otro, por la diversidad y por la justicia. Sobre el particular, en Sentencia T-406 de 1992, la Corte Constitucional precisó que el Estado Social de Derecho brinda situaciones mínimas de trabajo, de vivienda y de seguridad social, pero no como caridad, sino como un verdadero concepto o derecho. Con base en lo anterior, considero que debe prevalecer el debido proceso y el derecho sustancial, y no se le podía exigir a los demandantes escoger determinada vía procesal para proponer sus pretensiones, pues ni siquiera existe uniformidad en la Sala al respecto”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), S.V. Rafael Francisco Suárez Vargas](#)

Aclaración de voto del consejero Nicolás Yepes Corrales

ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – Alcance de las reglas jurisprudenciales / ACREENCIA LABORAL – Pago tardío / ACCIÓN DE GRUPO / INDEXACIÓN – Reclamación / INTERESES MORATORIOS – Reclamación

Problema Jurídico: *¿La sentencia estableció unas subreglas generales que desbordaron el problema jurídico planteado por la litis?*

Tesis: “Si bien comparto el sentido de la decisión y la regla de unificación atrás señalada, estimo que la formulación de las premisas a partir de las cuales se definió el asunto fue a tal punto general que se terminaron incluyendo temas distintos a los estrictamente planteados por el caso concreto, lo cual no solo desbordó el ámbito que correspondía en sede de unificación, sino que también puede plantear problemas futuros de interpretación y aplicación. Me refiero, específicamente, a la definición que se incluyó sobre el concepto de acreencia laboral y a la alegada vocación de plenitud que se le atribuyó al sistema laboral administrativo. En relación con estos aspectos, considero que la sentencia estableció unas -si se permite- subreglas generales que desbordaron el problema jurídico planteado por la litis, problema que se refería, específicamente, a la procedencia de la acción de grupo para reclamar la indexación, los intereses moratorios por el monto no pagado por ese concepto y el reajuste salarial retroactivo junto con los intereses correspondientes por la mora”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-33-31-009-2006-00210-01\(AG\)REV \(IJ-SU\), A.V. Nicolás Yepes Corrales](#)

AUTOS DE UNIFICACIÓN

1. Mediante auto de unificación se dispuso inaplicar el medio de control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, regulado en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, por considerar que es incompatible con las normas superiores

Síntesis del caso: Se realizó el “control difuso de constitucionalidad y convencionalidad frente a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, sobre el control automático de legalidad de actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal” y se determinó la incompatibilidad de las disposiciones normativas mencionadas con las normas superiores.

CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE LOS FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL / ARTÍCULOS 23 Y 45 DE LA LEY 2080 DE 2021 - Incompatibles con los artículos 29 de la Constitución Política y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) / DEBIDO PROCESO / DERECHO A LA PRUEBA / DERECHO DE CONTRADICCIÓN / DERECHO A LA DEFENSA / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Caso concreto

Problema Jurídico 1: ¿los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 son incompatibles con los artículos 29 de la Constitución Política y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)?

Tesis 1: “De la comparación entre el texto de la disposición constitucional sobre el derecho fundamental al debido proceso, la convencional sobre las garantías judiciales, y el régimen probatorio en el trámite del control automático de legalidad, es posible observar que los numerales 2.º y 3.º del artículo 45 de la Ley 2080 violan ostensiblemente lo relativo al derecho a la prueba y a su contradicción, lo cual se enmarca dentro de las debidas garantías judiciales de la CADH, toda vez que esta prerrogativa queda dependiendo de la decisión discrecional del juez de este medio de control, pues de la redacción de los preceptos legales en comento se entiende que el responsable fiscal no tiene la posibilidad real de solicitar y allegar pruebas, y tampoco puede controvertir la decisión que adopte el magistrado ponente sobre la necesidad de tener un periodo probatorio o de pronunciarse en alegatos de conclusión acerca de las pruebas que efectivamente se practiquen, lo cual restringe su derecho a la defensa, que es parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso. [...] Así, esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estima que la redacción de los numerales 2.º y 3.º del artículo 45 de la Ley 2080 no permite una interpretación diferente a la que indica que el decreto y práctica de pruebas en el control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal es una facultad exclusivamente discrecional del magistrado ponente del proceso, razón por la cual, en lo relativo a esta cuestión, están cumplidos los requisitos para exceptuar su aplicación en ejercicio de los controles difusos de constitucionalidad y convencionalidad”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 29 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-01175-01\(B\) \(SU\)](#)

CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE LOS FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL / ARTÍCULOS 23 Y 45 DE LA LEY 2080 DE 2021 - Incompatibles con los artículos 229 de la Constitución Política y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) / FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL – Acto administrativo de carácter particular / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Caso concreto

Problema Jurídico 2: ¿los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 son incompatibles con los artículos 229 de la Constitución Política y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)?

Tesis 2: “Así, esta Sala considera que la regulación legal del medio de control en estudio es incompatible con el artículo 229 de la Carta, en la medida en que, a quien es declarado fiscalmente responsable, se le da un tratamiento de mero interviniente en un proceso en el que se discute acerca de un asunto que incumbe a sus derechos subjetivos, pues el fallo con responsabilidad fiscal es un acto administrativo de carácter particular, en el que se establece la obligación de pagar una suma líquida de dinero, y que por sí solo presta mérito ejecutivo. [...] De esta manera, al ser tratado como un mero interviniente, al responsable fiscal no se le da la oportunidad de formular pretensiones que deban abordarse necesariamente en la sentencia que decida el medio de control en virtud del deber de congruencia que se debe seguir en esta materia, frente a cuestiones

relacionadas, por ejemplo, con el restablecimiento de sus derechos y la reparación del daño que se le hubiere podido causar con el acto administrativo que se demuestre ilegal, lo cual es un imperativo constitucional de conformidad con el artículo 90 Superior. [...] A lo anterior, se suma que «la sentencia ejecutoriada en ejercicio del control automático tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes», lo cual, es propio de los procesos contenciosos de legalidad objetiva de actos administrativos de carácter general y no de los de carácter particular. [...] En todo caso, el Consejo de Estado ha dejado sentado que la sentencia que decide el medio de control inmediato de legalidad tiene el carácter de cosa juzgada relativa, bajo el entendido de que el carácter oficioso no implica el análisis de todos los posibles motivos de contradicción de la medida de carácter general con las normas que le son superiores y, por ello, en el futuro puede ser demandada por cualquier persona en ejercicio de los medios ordinarios como la nulidad simple, con la salvedad de que los reproches deben versar sobre cuestiones distintas a las que se analizaron en el control inmediato. Desde esta perspectiva garantista del control de legalidad, no existe similitud con el denominado «control automático» puesto que esta eventualidad ni siquiera es contemplada en la regulación del control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, cuya sentencia tiene efectos erga omnes, lo cual también impide el acceso a la administración de justicia frente a las cuestiones no abordadas en dicha providencia. [...] Esta situación también se ve reflejada en la violación de las obligaciones internacionales del Estado colombiano frente a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 25.1 de la CADH, que consagra que «toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales». Ahora bien, contrario a ello, la regulación legal del control automático en comento no ofrece efectividad respecto del eventual restablecimiento de los derechos del declarado fiscalmente responsable y la reparación integral del daño que se le haya causado con ocasión del acto administrativo, en caso de anulación judicial de este último”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 29 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-01175-01\(B\) \(SU\)](#)

CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE LOS FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL / ARTÍCULOS 23 Y 45 DE LA LEY 2080 DE 2021 - Incompatibles con el artículo 238 de la Constitución Política / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Caso concreto

Problema Jurídico 3: *¿los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 son incompatibles con el artículo 238 de la Constitución Política?*

Tesis 3: “El artículo 238 de la Constitución autoriza la suspensión de los efectos de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso de lo contencioso administrativo. Dicha norma constitucional se encuentra regulada en el artículo 229 del CPACA, lo cual es una valiosa garantía procesal de la tutela judicial efectiva, que está vedada para el que ha sido declarado fiscalmente responsable porque en las normas aquí cuestionadas, le da el tratamiento de mero interviniente y no se constituye como parte en el proceso, razón por la cual, de acuerdo con la ley a la que remite la disposición constitucional, no está legitimado para pedir la suspensión de los efectos del acto administrativo que declaró su responsabilidad, los cuales no se reducen únicamente a la inscripción en el Boletín de Responsables Fiscales, sino que, como ya se tuvo la oportunidad de mencionar, también comprende la obligación perentoria de pagar una suma de dinero, la cual presta mérito ejecutivo. [...] En esa ilación, no es posible interpretar las reglas relativas a las medidas cautelares en el sentido de entender que en estos casos es posible que el juez de lo contencioso administrativo las declare de oficio, toda vez que, de acuerdo con el parágrafo del artículo 229 del CPACA antes mencionado, esta facultad solo es procedente «en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos», lo cual es ajeno a los derechos individuales o subjetivos que conciernen a la declaración de responsabilidad fiscal mediante un acto administrativo de carácter particular. [...] En síntesis, dado que en esta materia los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 no permiten una interpretación conforme con el artículo 238 de la Constitución, aquí se estima que también están reunidos los presupuestos para hacer prevalecer la norma de normas mediante la excepción de inconstitucionalidad”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 29 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-01175-01\(B\) \(SU\)](#)

CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE LOS FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL / ARTÍCULOS 23 Y 45 DE LA LEY 2080 DE 2021 - Incompatibles con el artículo 13 de la Constitución Política / DERECHO A LA IGUALDAD / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Caso concreto

Problema Jurídico 4: *¿los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 son incompatibles con el artículo 13 de la Constitución Política?*

Tesis 4: “El primer inciso del artículo 13 de la Constitución regula el derecho fundamental a la igualdad, al indicar que «todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades». En el mismo sentido el artículo 24 de la CADH dispone que «todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley». Así, de conformidad con lo que previamente se ha advertido, la Sala Plena considera que la regulación prevista en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 es incompatible con los preceptos que se acaban de referir, en la medida en que el sujeto declarado como responsable fiscal, mediante un acto administrativo de carácter particular, ve restringidas sus garantías en comparación con las que tienen las personas en otros ámbitos de la responsabilidad administrativa, quienes pueden acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para hacer valer sus derechos e intereses individuales. [...] En ese sentido, no se justifica un trato desigual respecto de las personas que han sido declaradas fiscalmente responsables puesto que disminuye notoriamente la protección de los derechos y las garantías procesales. Obsérvese que las normas aquí cuestionadas someten a estas personas a un juicio sumario, con un grave desequilibrio procesal, el cual se hace más evidente ante el potencial de un número indeterminado de intervinientes, lo que llevaría hasta el absurdo de tener que defenderse de todo y contra todos”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 29 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-01175-01\(B\) \(SU\)](#)

CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE LOS FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL / ARTÍCULOS 23 Y 45 DE LA LEY 2080 DE 2021 - Incompatibles con lo ordenado en la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Caso concreto**Problema Jurídico 5:** *¿los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 son incompatibles con lo ordenado en la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)?*

Tesis 5: “[L]os referidos artículos 23 y 45 de la Ley 2080 no cumplen en estricto sentido la parte motiva y resolutive de la sentencia de la Corte IDH, por las siguientes razones: (i) La sentencia de la Corte IDH afirma que la interpretación del artículo 23.2 de la CADH debe ser literal y reitera que la norma es clara en el sentido de que ningún órgano administrativo tiene competencia para «[...] aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: [...] (ii) Considera que la inhabilitación o restricción de derechos políticos debe ser un acto jurisdiccional, es decir, una sentencia y por tanto es competencia exclusiva del juez competente «[...] en el correspondiente proceso penal [...]». (iii) Las razones explicativas y justificativas de la sentencia de la Corte IDH permiten concluir que el control de legalidad posterior hecho por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aunque se denomine automático, no legitima, avala, o sana la absoluta ausencia de competencia de la autoridad administrativa para restringir o inhabilitar políticamente a una persona por supuesta o real conducta socialmente reprochable. (iv) En conclusión: Los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 no interpretan en sentido estricto lo analizado y ordenado en la sentencia de la Corte IDH, del 8 de julio de 2020, caso Petro Urrego vs. Colombia, ni cumplen con los parámetros convencionales”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 29 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-01175-01\(B\) \(SU\)](#)

FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Acto administrativo de contenido particular y concreto / FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Puede ser demandado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho / FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Caducidad**Problema Jurídico 6:** *¿Cuándo opera la caducidad de los fallos en los que se declaró responsabilidad fiscal, en vigencia de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021?*

Tesis 6: “En todo caso, partiendo de la base de que el fallo de responsabilidad fiscal es un acto administrativo de contenido particular y concreto, el cual puede ser demandado por quienes gocen de legitimación en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y que este está sujeto al término de caducidad de cuatro meses previsto en el numeral 2.º del artículo 164 del CPACA, la Sala Plena decidirá en la parte resolutive de esta providencia que frente a los actos de este tipo que han sido proferidos durante la vigencia

de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, el término para que opere la caducidad en esta materia solamente empezará a contar, en cada caso particular, a partir del momento en el que quede en firme el auto que decida declarar la excepción de inconstitucionalidad”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 29 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-01175-01\(B\) \(SU\)](#)

Salvamento de voto de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez

SALVAMENTO DE VOTO / CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA RESPONSABILIDAD FISCAL – No vulnera derechos constitucionales, ni los principios de eficiencia, eficacia, buena fe, imparcialidad y transparencia

Problema Jurídico: *¿El control automático de legalidad de los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal, regulado en los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, contrarían normas constitucionales?*

Tesis: “En esta oportunidad, no obstante reconocer el esfuerzo orientado a prosperar derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso a la justicia, para este caso en concreto difiero de la decisión, pues, el análisis de las disposiciones normativas inaplicadas, referentes al control automático de fallos con responsabilidad fiscal, me permite concluir que, por el contrario, este proceso garantiza los referidos derechos constitucionales, así como los principios de eficiencia, eficacia, buena fe, imparcialidad y transparencia, por los siguientes motivos: PRIMERO.- No se desconocen las garantías del debido proceso contenidas en los artículos 29 de la Constitución Política y 8.1 de la Convención Americana, porque la notificación personal de los sujetos del proceso fiscal tiene el propósito garantizar el derecho de contradicción y defensa. [...] SEGUNDO.- Al ser un trámite preferencial respecto de los demás medios de control que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, garantiza el acceso a la administración de justicia de los presuntos responsables fiscales y terceros civilmente responsables de forma expedita. [...] TERCERO.- Al tratarse de un control integral de legalidad, los efectos erga omnes de la sentencia no impiden el acceso a la administración de justicia frente a las cuestiones no abordadas en dicha providencia. [...] CUARTO.- El decreto de medidas cautelares en el marco del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal carece de sentido, porque el acto administrativo controlado materialmente no genera efectos. [...] QUINTO.- La implementación del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal no desconoce el derecho a la igualdad previsto en los artículos 13 de la Constitución y 24 de la CADH. [...] SEXTO.- No se presenta una incompatibilidad con lo ordenado en la sentencia del 8 de julio de 2020 de la Corte IDH y el artículo 23.2 de la CADH, porque no se limitan los derechos políticos de los presuntos responsables fiscales”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 29 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-01175-01\(B\) \(SU\) S.V. Sandra Lisset Ibarra Vélez](#)

Aclaración de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

ACLARACIÓN DE VOTO / AUTORIDAD JUDICIAL – Habilitada para restringir derechos políticos

Problema Jurídico: *¿es necesaria la reiteración relacionada con el criterio de interpretación que debe aplicarse al momento de examinar el contenido del artículo 23.2 de la CADH?*

Tesis: “Si bien acompaño la decisión adoptada, debo advertir que no considero necesaria la reiteración efectuada en los párrafos 51 a 58, relacionada con el criterio de interpretación que debe aplicarse al momento de examinar el contenido del artículo 23.2 de la CADH y a la luz del cual se permite que una autoridad judicial, no exclusivamente el juez penal, sea la habilitada para restringir válidamente derechos políticos”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 29 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-01175-01\(B\) \(SU\) A.V. Myriam Stella Gutiérrez Argüello](#)

Aclaración de voto del consejero Alexander Jojoa Bolaños (E)

ACLARACIÓN DE VOTO / AUTO POR MEDIO DEL CUAL SE DISPONE APARTAR DEL CONOCIMIENTO DE LA DECISIÓN A UN MAGISTRADO – Ejecutoria y recursos

Problema Jurídico: *¿El auto por medio del cual se dispone apartar de la decisión a un magistrado, es susceptible de recursos?*

Tesis: Analizadas las normas de derecho aplicables al conocimiento de asuntos en segunda instancia por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no encontré fundamento legal que impusiera la exclusión de magistrados que no adoptaron la determinación apelada. De existir norma en tal sentido, por supuesto, su exclusión operaría de pleno derecho, sin que debiera ser resuelto el punto en una providencia. Sin embargo, como la ley no ordena su exclusión, consideré que la determinación de excluirlos, en tanto afectaba la composición de la Sala, podía ser susceptible de recursos. Así las cosas, como el auto en el que se excluyó a los magistrados de la Sala Especial de Decisión No. 7 fue notificado por estado el 28 de junio de 2021, quedaban dudas sobre su firmeza al momento de definir la controversia, por lo que consideré prudente esperar que transcurriera el término de ejecutoria en espera de la conducta procesal de los interesados, en tanto esa determinación incidía en la conformación de la Sala. Con todo, como el pleno consideró que no era necesario esperar por la ejecutoria de auto de 9 de junio y abrió a votación el proyecto de auto, acompañé la decisión de fondo, dejando a salvo mi postura en los términos indicados en este escrito”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 29 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-01175-01\(B\) \(SU\) A.V. Alexander Jojoa Bolaños \(E\)](#)

Aclaración de voto del consejero José Roberto Sáchica Méndez

ACLARACIÓN DE VOTO / CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL – Competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado

Problema Jurídico: *Determinar la competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con la inaplicación del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal*

Tesis: “[H]e considerado necesario aclarar mi voto al encontrar que el proyecto dejó de valorar que la definición en torno a la competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado no podía tener como fundamento consideraciones normativas propias del régimen legal del Control que se inaplica, en ellas, las contenidas en el artículo 185 A de la Ley 1437, sin incurrir en una evidente contradicción. Explico esta disyuntiva, en tanto tal norma no puede constituirse en fuente normativa para dilucidar los aspectos propios del CAL se inaplica, dado que todo el régimen que gobierna esta institución, cae bajo la premisa de la excepción de inconstitucionalidad. Preciso en todo caso que esta aclaración no compromete el análisis de fondo de la decisión, además de que la consecuencia de la inaplicación de una norma legal que atribuye una competencia, conduce a predicar la falta de jurisdicción, pues de cara a la excepción adoptada, la consecuencia obligada es que no se reconoce tal régimen como un mecanismo idóneo para garantizar la protección y efectividad de los derechos de los sujetos procesales involucrados en un juicio con responsabilidad fiscal”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 29 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-01175-01\(B\) \(SU\) A.V. José Roberto Sáchica Méndez](#)

Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

ACLARACIÓN DE VOTO / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD – No es un componente del control de constitucionalidad

Problema Jurídico: *¿el control de convencionalidad es un componente del control de constitucionalidad?*

Tesis: “El fundamento de la presente aclaración de voto se sustenta en el hecho de que el control de convencionalidad no es un componente del control de constitucionalidad, sino que se trata de un control diferente, independiente y autónomo al de constitucionalidad. El control de convencionalidad i) tiene un origen diferente; ii) el parámetro normativo de control es distinto; iii) la finalidad difiere del control de constitucionalidad; iv) las causales son disimiles entre el uno y el otro; y v) los órganos jurisdiccionales que llevan a cabo los respectivos controles concentrados son diferentes. En este sentido, considero que el control de convencionalidad no es un componente del control de constitucionalidad”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 29 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-01175-01\(B\) \(SU\) A.V. Hernando Sánchez Sánchez](#)

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

ACLARACIÓN DE VOTO / FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL – Ejecución

Problema Jurídico: *¿los fallos con responsabilidad fiscal pueden ejecutarse mientras está pendiente de resolverse el control automático de legalidad?*

Tesis: “Comparto la decisión adoptada por la Sala en el entendido de que la Ley 2080 de 2021 nada dijo sobre si los fallos con responsabilidad fiscal pueden o no ejecutarse mientras está pendiente de resolverse el control automático de legalidad, y sólo admitió expresamente que la inhabilidad derivada de la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales se entiende suspendida hasta el momento en que sea proferida la sentencia respectiva, previsiones que podrían dar lugar a entender que el carácter ejecutivo y ejecutorio de dichos fallos es parcial. [...] En ese sentido, a mi juicio, el hecho de que el legislador hubiera atribuido al control automático de legalidad el atributo de la integralidad sugería que, antes de que pudieran ejecutarse los fallos requeridos, se requería del pronunciamiento favorable de esta jurisdicción, pues de lo contrario no tendría sentido la integralidad del mencionado control, ya que, además de que se auspiciaría la ejecución de decisiones pendientes de un control obligatorio, haría incompatible la expedición de una decisión judicial que no pudiera pronunciarse sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de un acto ilegal de contenido particular”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 29 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-01175-01\(B\) \(SU\) A.V. Marta Nubia Velásquez Rico](#)

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

ACCIONES DE TUTELA

1. Se incurre en defecto fáctico, al no valorar las pruebas que acreditan el incremento de algunos factores salariales para calcular el ingreso base de liquidación de una pensión de jubilación.

Síntesis del caso: *La extinta Cajanal reconoció a la accionante la pensión de jubilación. La Secretaría de Educación Departamental de Caldas, a través de las resoluciones 1939-6 de 22 de marzo y de 4587-6 de 4 de julio de 2013, le reconoció una homologación y nivelación salarial por el período comprendido entre el 10 de febrero de 1997 y el 31 de diciembre de 2009. La tutelante solicitó ante la UGPP la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta el aumento de los factores salariales con ocasión de la homologación y nivelación salarial. La accionante presentó demanda, con el propósito de que se declarara la nulidad de los actos administrativos que negaron la reliquidación. El Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales accedió parcialmente a las pretensiones planteadas. El Tribunal Administrativo de Caldas revocó la decisión que fue apelada. Esta Corporación, en sede de tutela, estimó que la autoridad judicial accionada solo analizó cuáles de los factores salariales debían ser tenidos para la liquidación de la pensión, pero omitió valorar las pruebas que daban cuenta que algunos de esos factores tuvieron un incremento producto del proceso de homologación y nivelación salarial, así como analizar si sobre los mismos se hicieron los respectivos aportes al sistema.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO – Omisión en la valoración de las pruebas / RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN - Factores salariales incrementados por la homologación y nivelación salarial / HOMOLOGACION SALARIAL DEL PERSONAL ADMINISTRATIVO DEL SECTOR EDUCATIVO

Problema Jurídico: *“¿[L]a sentencia de 30 de julio de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión, en el interior del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado número 17001-33-33-003-2014-00600-02, vulneró los derechos fundamentales invocados por la accionante, al negar la reliquidación de la pensión jubilación, incurriendo en defecto fáctico y desconocimiento del precedente?”*

Tesis: “A partir del contenido de los precitados medios de pruebas, esta Sala de Decisión coincide con el a quo cuando afirmó que «el Tribunal Administrativo de Caldas incurrió en el defecto fáctico alegado, pues si bien indicó que en la reliquidación habían sido incluidos todos aquellos factores sobre los cuales se hicieron las respectivas cotizaciones», omitió valorar las pruebas que daban cuenta que algunos de esos factores tuvieron un incremento producto del proceso de homologación y nivelación salarial. (...) En ese orden de ideas, debe resaltarse que en el presente asunto se le reprocha al Tribunal accionado no haber analizado el material probatorio allegado al proceso ordinario, a partir del cual era dable colegir que existió un incremento en algunos de los emolumentos salariales devengados por la actora que sí constituyen factor salarial para calcular el IBL de la pensión, lo que significa que en ningún momento el juez constitucional está ordenando que se le reliquide la prestación económica de la actora, con la inclusión de todos los factores devengados en el año inmediatamente anterior. (...) Así las cosas, es claro que el Tribunal accionado, al momento de dictar la sentencia de reemplazo en cumplimiento de este fallo de tutela, debe valorar las pruebas aquí mencionadas - los certificados expedidos por la Profesional Universitaria de la Jefatura Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas-, así como aplicar las reglas jurisprudenciales fijadas en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de esta Corporación, y que fueron explicadas ampliamente en el acápite VIII.4. de esta providencia. (...) Significa lo anterior que será el Tribunal accionado, en el marco de su autonomía e independencia, la autoridad judicial que deberá determinar cuáles de los factores salariales que devengó la señora [O.S.M.] deben ser incluidos en el IBL de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial contenido en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, a través de la cual se determinó la interpretación que debe darse a los artículos 36 de la Ley 100 de 1993 y 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985. (...) En este contexto,

cabe destacar que, contrario a lo sostenido por la entidad impugnante, la accionante en el interior del proceso contencioso sí planteó pretensiones tendientes al reconocimiento de la reliquidación con ocasión del proceso de homologación y nivelación salarial -tal como quedó evidenciado líneas atrás (ver párrafo 60.6.)-, por lo que el Tribunal accionado, al momento de determinar que no procedía la reliquidación de la pensión en los términos ordenados por el a quo se encontraba en la obligación de analizar la particularidad del caso objeto de su estudio.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 8 de abril de 2021, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 11001-03-15-000-2020-00369-01 \(AC\).](#)

2. Se incurre en defecto procedimental cuando, excediendo el alcance del recurso de apelación interpuesto, se concluye que el medio de control procedente para impugnar actos de registro es el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Síntesis del caso: *Se promovió una demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Superintendencia de Notariado y Registro, por los daños causados por la presunta omisión en el control y la vigilancia que debía adelantar dicha entidad, con el fin de impedir la creación de dos folios de matrícula inmobiliaria sobre un inmueble ubicado en Cartagena. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la audiencia inicial, declaró no probada la excepción de caducidad del medio de control propuesta por la accionada, decisión que fue objeto de recurso de apelación ante la Sección Tercera del Consejo de Estado. La Sección Tercera revocó la decisión de primera instancia, adecuó la demanda del medio de control de reparación directa al de nulidad y restablecimiento del derecho y declaró la excepción de caducidad frente a este último medio de control.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, LA PROPIEDAD PRIVADA Y DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL / COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN – Se desbordó el marco de competencia fijado en el recurso / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / FACULTAD Y DEBER DE ADECUAR EL MEDIO DE CONTROL - La fuente del daño es la que determina la acción procedente / CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE REGISTRO - Procede el medio de control de nulidad por expresa disposición legal / ADECUACIÓN DE LA DEMANDA - Al medio de control de nulidad / ACTO ADMINISTRATIVO - Por medio del cual se registró erróneamente un inmueble en dos matrículas inmobiliarias distintas

Problema Jurídico: *“¿La Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con la expedición de la providencia de 23 de septiembre de 2020, que resolvió el recurso de apelación formulado por la parte demandada en contra de la decisión adoptada el 26 de febrero de 2020 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, incurrió en la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la parte accionante?”*

Tesis: “[S]i bien, la parte accionante alega que en la providencia cuestionada se incurrió en defecto fáctico y desconocimiento del precedente, esta Sala de Subsección centrará su estudio en la configuración de un posible defecto procedimental. (...) [E]ncuentra esta Sala de Subsección que el recurso de apelación se centró en debatir la fecha a partir de la cual debía contabilizarse el término de caducidad para la radicación de la demanda de reparación directa, no obstante, la autoridad judicial accionada fundamentó su estudio en el medio de control sobre el cual debía estudiarse el caso concreto, situación que no fue objeto de reproche por parte de la entidad demandada. De lo anterior, emerge con claridad para la Sala, que la Sección Tercera excedió el marco de sus competencias, las cuales, como quedó visto, se delimitan en los argumentos expuestos en el recurso de apelación, máxime cuando se trata de apelante único, lo que se traduce en un defecto procedimental. Sumado a ello, cambiar en la resolución del recurso de apelación el medio de control sobre el cual se venía desarrollando el análisis del caso, sin que esta situación hubiese sido objeto de reproche, desconoce del derecho a la doble instancia de la parte demandante. En ese orden de ideas, es necesario resaltar que es el Tribunal, al realizar el saneamiento del proceso, es el que debe determinar cuál es el medio de control aplicable al caso objeto de

estudio, decisión que puede ser objeto de recurso por las partes. Por lo anterior, se confirmará el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la propiedad privada y al acceso a la administración de justicia de la parte accionante, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 12 de agosto de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 11001-03-15-000-2021-00222-01 \(AC\)](#)

3. Se reitera que se incurre en defecto por desconocimiento del precedente cuando se niega el pago del lucro cesante por la muerte de un miembro de la fuerza pública, bajo el argumento que fueron reconocidas previamente una compensación administrativa y la pensión de sobrevivientes.

Síntesis del caso: *El compañero permanente y padre de las accionantes, quien era intendente de la Policía Nacional, murió mientras patrullaba, tras la activación de un artefacto explosivo; hecho por el que se instauró demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional. El Juzgado Tercero Administrativo de Cúcuta accedió a las pretensiones, incluido el reconocimiento del lucro cesante. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, al resolver el recurso de apelación, modificó el fallo recurrido, dado que, en su criterio, no era posible reconocer el lucro cesante, ya que se concedió la pensión de sobrevivientes y una compensación por muerte.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES PARA FUERZAS MILITARES Y POLICÍA NACIONAL / LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN A FOR FAIT / COMPENSACIÓN

Problema Jurídico 1: ¿El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, al negar el reconocimiento del lucro cesante, desconoció el precedente del Consejo de Estado, que ha concluido, de manera reiterada, que el reconocimiento de una compensación administrativa o pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de un miembro de la fuerza pública no excluye el lucro cesante en sede contencioso-administrativa?

Tesis: “[S]e observa que el Consejo de Estado ha determinado, de manera reiterada, que el reconocimiento de una compensación administrativa o pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de un miembro de la fuerza pública, no excluye el lucro cesante en sede contencioso-administrativa, cuando el daño antijurídico se deriva de una falla del servicio. (...) en el asunto sub examine la Sala evidencia que en la sentencia acusada las autoridades accionadas negaron el lucro cesante a la actora y a sus menores hijas, porque le fueron concedidas una compensación pecuniaria y pensión de sobrevivientes por el deceso del señor [J.A.B.A.] (q. e. p. d.). No obstante, para la Sala dicha aseveración desconoce el criterio jurisprudencial expuesto en precedencia, según el cual el pago de las sumas de dinero en sede administrativa por la muerte de un miembro de la fuerza pública, no impide la indemnización del aludido perjuicio material en un proceso de reparación directa, comoquiera que las fuentes de esos emolumentos son disímiles, pues mientras que aquellas corresponden al vínculo laboral del difunto con la Administración, el lucro cesante acontece en razón a la configuración de un daño antijurídico que compromete la responsabilidad patrimonial del Estado. En ese orden de ideas, como el origen los referidos haberes son diferentes, no es dable efectuar la compensación que realizaron los señores magistrados demandados, porque, al ser sumas independientes, el reconocimiento de una no incide en la otra, (...) Así las cosas, los demandados, al negar el pago del lucro cesante a la tutelante y a sus menores hijas, con el argumento de que les fue reconocida una compensación administrativa y pensión de sobrevivientes por la muerte del señor intendente de la Policía Nacional [J.A.B.A.] (q. e. p. d.), desatendieron el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, consistente en que el otorgamiento de la indemnización a for fait no excluye la reparación del mencionado perjuicio material, motivo por el cual se impone acceder al amparo deprecado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 21 de julio de 2021, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación 11001-03-15-000-2021-01453-01\(AC\).](#)

4. No se incurre en defecto procedimental absoluto al exigir en la demanda arbitral la inclusión de los intereses moratorios en el juramento estimatorio y una debida estimación razonada de la cuantía.

Síntesis del caso: *El Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las diferencias surgidas entre el Instituto Tecnológico Metropolitano -ITM y las Sociedades Allianz Seguros S.A. y la Compañía de Seguros La Previsora S.A, en la audiencia de instalación, resolvió inadmitir la demanda arbitral, pues no contenía el juramento estimatorio de los diferentes valores de la indemnización, compensación o pago de frutos y/o mejoras que reclama ni una adecuada estimación razonada de la cuantía. El 6 de julio de 2020, la parte convocante envió escrito de subsanación. El Tribunal Arbitral rechazó la demanda, ya que en el juramento estimatorio “no se incluyó rubro alguno que corresponda a los intereses de mora causados”.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN – Revoca / AUTO QUE RECHAZA DEMANDA ARBITRAL / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL / FALTA DE CARGA ARGUMENTATIVA / DEFECTOS PROCEDIMENTAL Y POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / TERCERA INSTANCIA – Se pretende reabrir el debate jurídico

Problema Jurídico: “¿[L]os hechos que se alegan en la presente causa se enmarcan en los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, particularmente si cumple con el referido a la relevancia constitucional?”

Tesis: “Ciertamente, una revisión de los planteamientos esgrimidos en la demanda, de conformidad con el carácter especial de la justicia arbitral que se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad para apartarse de la jurisdicción ordinaria, permite advertir que su finalidad prístina es convertir el recurso de amparo constitucional en una instancia adicional o complementaria al mecanismo alternativo de solución de conflictos al que las partes sometieron la controversia surgida entre ellas por el valor del seguro referido en las pólizas Nos. 1001077 y 1001078, al pretender reabrir un debate procesal ya zanjado por el juez arbitral. (...) Con miras a corroborar el anterior acierto, ha de iniciarse por relieves que el apoderado judicial de la parte actora señaló que el órgano colegiado censurado incurrió en un defecto procedimental absoluto “por exigir requisitos de la demanda inaplicables al caso concreto y rechazar la totalidad de la demanda como consecuencia de un exceso ritual manifiesto”, sin demostrar clara ni suficientemente la forma grave, trascendente y con proyección o afectación a sus derechos fundamentales, el desapego al régimen contenido en la Ley 1563 de 2012 (...) y el Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, o la adopción de una determinación abiertamente ilegal, de imposible cumplimiento, o que se hubiera adoptado omitiendo las garantías procedimentales de la convocante, todo esto, en real desmedro de sus derechos de defensa y/o contradicción, o con incidencia cierta y directa en ellos. (...) [E]n el libelo también se dio por sentado que la decisión adoptada por el Tribunal Arbitral demandado incurrió en el desconocimiento del precedente judicial por haber soslayado la jurisprudencia que ha expedido el Consejo de Estado en casos de rechazo de demandas por no haberse presentado una estimación razonada de la cuantía, concretamente los autos 2604-13 y 0277-17 de la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación, sin adelantar el escrutinio exigido para determinar si tales pronunciamientos constituían, para la fecha de ocurrencia de los hechos demandados, el precedente uniforme y en vigor del caso puesto a consideración del juez de tutela, aspectos todos estos que a no dudarlo, le imponían a la parte actora la carga de establecer con certeza y claridad cuáles sentencias conformaban la línea hermenéutica vigente y de qué forma lo decidido por la justicia arbitral resultaba opuesto a la doctrina así consolidada por la máxima autoridad jurisdiccional de lo contencioso administrativo. En su lugar, el apoderado judicial optó simplemente por requerir la aplicación de las referidas providencias, sin siquiera advertir cuál era su ratio decidendi, ni definir si aquellas guardaban similitud fáctica, procedimental y jurídica con los supuestos de la cuestión que se debate en esta oportunidad y, mucho menos, sin reparar en que, ante la ausencia de carácter unificador de tales proveídos, el alcance de las interpretaciones allí contenidas solo están llamadas a vincular a las partes dentro de los procesos en que tuvieron lugar, sin posibilidad alguna de aseverar que las interpretaciones de la ley allí fijadas se proyectan con el alcance que en la demanda de tutela se le han pretendido asignar. (...) [E]sta Sala estima que la acción de

tutela no acredita el requisito general de relevancia constitucional, toda vez que su objeto es continuar con un debate que se concluyó en el trámite arbitral respectivo, lo que desnaturaliza su finalidad como mecanismo supletivo de protección de los derechos fundamentales. De esta suerte, habrá de revocarse la sentencia del 26 de marzo de 2021 proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en cuanto concedió el amparo solicitado por el Instituto Tecnológico Metropolitano -ITM- para, en su lugar, declarar la improcedencia del recurso formulado por la ausencia del antedicho presupuesto formal.”

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUTO QUE RECHAZA DEMANDA ARBITRAL – Por no subsanar / OMISIÓN DE LA ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA / JURAMENTO ESTIMATORIO – Obligtoriedad / JURAMENTO ESTIMATORIO – Intereses moratorios / AUSENCIA DE DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / DEFECTO SUSTANTIVO – No configuración / OPORTUNIDAD PARA REFORMAR LA DEMANDA / TÉRMINO PARA PRESENTAR LA REFORMA DE LA DEMANDA

Problema Jurídico: “¿[E]l Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá incurrió en los yerros o vicios aducidos por la parte actora?”

Tesis: “Una vez instalado el Tribunal Arbitral y puesto a su disposición el expediente contentivo de la controversia contractual que le fue asignada, procedió en el Auto No. 2 a inadmitir la demanda por no cumplir algunos de los requisitos formales necesarios para su correcta presentación, previstos en los artículos 12 de la Ley 1563 de 2012 y 82 de la Ley 1564 de 2012. Las exigencias señaladas por el panel arbitral, consistentes, por un lado, en la cuantificación bajo juramento de los valores correspondientes a los perjuicios reclamados y, por otro, en la estimación razonada de la cuantía del proceso, estaban previstas en la ley, y no era de imposible cumplimiento, como tampoco se antojan irreales de cara a las exigencias relacionadas con la formulación del juramento y sus bases. Así, sin que tales exigencias resultaran caprichosas, desmedidas, incomprensibles o excesivamente formalistas, la actora, titular de sus prerrogativas y facultades en el curso del proceso arbitral, optó por hacer caso omiso de las mismas y, por ende, en el escrito de subsanación, de cara al juramento estimatorio, solo incluyó el valor del seguro, sin pronunciarse sobre los intereses moratorios reclamados, que en criterio razonable del tribunal estaban llamados ser considerados según las previsiones del artículo 206 del Código General del Proceso, de cara a las pretensiones que se formulaban.(...) Y en punto a la acusación de no haber tenido como presentada la reforma a la demanda en tiempo antes de que se hubiera dictado el auto admisorio de la demanda y por ende, antes de que se hubiera notificado el mismo a la convocada, la conclusión es similar a la ya indicada, pues al margen de la discusión acerca de si lo dicho en la ley procesal sobre tal institución puede ser objeto de interpretación, lo cierto es que el punto de partida de la norma, que reside en su tenor literal, es claro en el sentido de que “[n]otificado el demandado del auto admisorio de la demanda, esta podrá reformarse por una sola vez antes de la iniciación de la audiencia de conciliación prevista en esta ley”, vocablos que, por lo menos, en el entender de esta Sala (y sin que ello fije una interpretación única), fijan un espacio temporal para surtir tal actuación, signando no solo en función de un momento límite sino también, a partir de un momento procesal, como es el de la notificación de la demanda. Al lado de lo anterior no deja de inquietar que el convocante, en el término de ejecutoria del auto que rechazó la demanda, hubiere promovido la actuación de marras, con miras a acreditar las exigencias establecidas en el auto inadmisorio, o por lo menos para obviar los efectos derivados del auto que rechazó la convocatoria arbitral, en ellos, los de extinguir los efectos del pacto arbitral para los temas involucrados en la convocatoria. Esta circunstancia revela, más allá de los juicios de aprobación o reproche que en relación con la misma pudieran formularse, que el asunto que ha sido traído al juez de tutela no se relaciona con la dimensión constitucional de los derechos fundamentales de las partes involucradas en el conflicto, ya que la controversia da cuenta de un debate y estrategia procesal, que en sus efectos fallidos, no compromete los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, máxime, si se repara en que a la disolución del Tribunal Arbitral únicamente le subyace el hecho de que el pacto y/o compromiso deja de producir efectos específicos en relación con el conflicto presentado, por lo que las partes involucradas quedan en absoluta libertad de acudir a la justicia ordinaria para obtener un pronunciamiento definitivo sobre el mismo”.

Salvamento de voto de la consejera María Adriana Marín

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL / AUTO QUE RECHAZA DEMANDA ARBITRAL / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PROCESO ARBITRAL / REQUISITOS DE LA DEMANDA - Cumplimiento / JURAMENTO ESTIMATORIO – Intereses moratorios / JURAMENTO ESTIMATORIO – No es requisito de la demanda

Tesis: “[L]a solicitud de amparo tiene la carga argumentativa suficiente para ser estudiada de fondo, toda vez que, como bien señaló el a quo, la parte actora alegó que la autoridad judicial accionada vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, derechos tradicionalmente

relevantes en la institución de la acción de tutela, amén de que el debate gira en torno al supuesto desconocimiento esas garantías, en el trámite de un proceso arbitral, por cuenta de la decisión de rechazar la demanda y su reforma. No se trata, pues, de una discusión de mera legalidad, sino de un asunto en el que podrían verse comprometidos derechos fundamentales. Además, ITM cumplió con la carga argumentativa, por lo menos en lo que atañe los defectos procedimental absoluto y sustantivo, respecto de los cuales, en síntesis, explicó que la autoridad judicial demandada desconoció (i) que el artículo 2.39 del Estatuto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá permite la reforma de la demanda en cualquier tiempo hasta antes de la audiencia de trámite y (ii) que, en los términos del artículo 22 de la Ley 1563 de 2012, la finalidad de la reforma de la demanda es «adecuar las actuaciones o corregir lo que a su criterio son falencias de la demanda inicial». Justamente, la seriedad y solidez de esos argumentos permiten concluir que este mecanismo de amparo constitucional no se está utilizando como instancia adicional del proceso arbitral. No se trata tampoco de una controversia con carácter estrictamente legal, económico o de conveniencia, pues es evidente que los reproches frente a la interpretación restrictiva de las normas que regulan el proceso arbitral, y específicamente la reforma de la demanda, revisten una connotación iusfundamental que no puede ser ignorada por el juez de tutela con la manida excusa del incumplimiento del requisito de relevancia constitucional, máxime si la decisión atacada impide que se le dé trámite a una demanda, lo cual, en el fondo, podría llevar a una restricción arbitraria del derecho de acceso a la administración de justicia. [E]l juramento estimatorio respecto de los intereses moratorios no era necesario como requisito de la demanda y mucho menos como medio de prueba. Insisto: la ley dispuso la forma como deberá ordenarse el pago de ese concepto cuando sea solicitado, dado que estos se causan con el transcurso del tiempo, en el evento de que ocurra el supuesto de hecho que genera su reconocimiento. (...) Así mismo, considero que el requisito de estimación razonada de la cuantía tampoco era exigible en el presente asunto, por cuanto el numeral 9 del artículo 82 del Código General del Proceso estableció que solo sería necesario cuando se requiriera para determinar la competencia o el trámite. Sin embargo, en el caso concreto, la competencia y trámite del conflicto suscitado entre el Instituto Tecnológico Metropolitano de Medellín y la Previsora S.A. Compañía de Seguros y Allianz Seguros S.A., le correspondieron al Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá en virtud de la cláusula compromisoria estipulada por las partes en el contrato de seguro contenido en la póliza 01/03/99-134-P-07-INP006. De hecho, además de haberse fijado la competencia y el trámite a seguir, en aquella cláusula compromisoria también se determinó el número de árbitros (3) que integrarían el respectivo tribunal arbitral, por lo que, en definitiva, no resultaban aplicables las disposiciones supletivas establecidas en los artículos 2 y 7 de la Ley 1563 de 2012. (...) Finalmente, en cuanto al argumento del Tribunal Arbitral accionado, según el cual la estimación razonada de los intereses moratorios «tiene importante incidencia en el proceso más allá de las determinaciones de competencia y trámite que refiere el número 9 del art. 82, por cuanto el valor real de la cuantía, y no el que caprichosamente asignen los demandantes, es el que va a determinar el valor de los honorarios y gastos del Tribunal, conforme lo consagra el art. 25 de la Ley 1563 de 2012», pienso que constituye un obstáculo para quienes acuden a un proceso arbitral con la finalidad de resolver sus conflictos y, por tanto, vulnera el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, al exigir un requisito que no está previsto en el Código General del Proceso para la admisión de la demanda..”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 30 de julio de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 11001-03-15-000-2021-00207-01\(AC\), S.V. María Adriana Marín.](#)

5. Se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y defensa técnica por la extralimitación del juez al exigir la acreditación del mandato judicial.

Síntesis del caso: *Se presentó acción de tutela contra la decisión proferida en el marco de una acción popular de negar la acreditación como apoderado judicial de la parte demandada. Para el juez constitucional, la autoridad judicial demandada incurrió en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto al exigir la nota de presentación personal y la constancia de envío del poder del mandante a su mandatario. En consecuencia, se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y defensa técnica al darse por no contestada la demanda.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara / ACCIÓN POPULAR / AUTO QUE NO RECONOCE CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y NIEGA RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA JURÍDICA A LA APODERADA DE LA PARTE DEMANDADA / EXTRALIMITACIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL EN LA ACREDITACIÓN DEL MANDATO JUDICIAL - Al exigirse la nota de presentación personal y la constancia de envío del poderdante al apoderado / DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO - Configuración / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL

DEBIDO PROCESO Y A LA DEFENSA TÉCNICA / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL
- No configuración

Problema Jurídico: *¿Vulneró el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo los derechos fundamentales invocados, por presuntamente incurrir en defecto procedimental y desconocimiento del precedente judicial al proferir el auto del 4 de marzo de 2021 mediante el cual no reconoció personería a la abogada [A.M.A.M.] como apoderada del municipio de Sincelejo, y tuvo como no contestada la acción popular instaurada por la Defensoría del Pueblo en contra del ente territorial mencionado y Colombia Móvil S.A. E.S.P., con radicado N° 70001-33-33-004-2020-00087-00?*

Tesis: “[P]ara esta Sala de Decisión es evidente, tal y como lo manifiesta la Corte Constitucional, que la finalidad del decreto [806 de 2020] es la eliminación de etapas procesales y requisitos formales que ralentizan el ejercicio de la administración de justicia. Así pues, la aplicación de esta disposición transitoria no puede volverse en contra de la finalidad definida por este, y mucho menos ejercer cargas excesivas que entorpecen el despliegue de actividades de la Rama Judicial. (...) [Así pues,] la decisión del Juzgado Cuarto Administrativo de Sincelejo que dio aplicación al decreto plurimencionado, resulta excesiva y desproporcionada, configurando el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto planteado por el extremo accionante, toda vez que, la constancia de envío del poder por parte del ente territorial a la abogada apoderada, no es un requisito de validez del poder en sí, ya que, como se evidenció de este, fue conferido con todas y cada una de las exigencias establecidas para dotarla con las facultades jurídicas necesarias para actuar al interior de la acción popular. Cumpliendo, adicionalmente, con la exigencia establecida por el artículo 5º del Decreto 806 de 2020, relacionada con la especificación del correo electrónico de la apoderada y que este coincida con el inscrito en el Registro Nacional de Abogados. (...) Por tanto, tal determinación limitó el ejercicio del derecho de defensa del municipio de Sincelejo requerido dentro de la acción popular, vulnerando su derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Adicionalmente, se debe precisar que dicho procedimiento tiene una connotación constitucional de protección de derechos colectivos, pero que, debido a esto, el procedimiento desplegado por la autoridad judicial que conozca del trámite también debe estar enmarcado en la aplicación y estudio de la Constitución para todas las partes intervinientes en el proceso, sin desconocer que estas fungen como iguales en la gestión procesal. (...) Ahora bien, en cuanto al defecto por desconocimiento de precedente, este no tiene vocación de prosperar, toda vez que la sentencia T-1098 de 2005 proferida por la Corte Constitucional, que a juicio del accionante fue desconocida, no establece una regla de interpretación o de aplicación normativa aplicable al caso sub examine, siendo además una sentencia de tutela que no fue proferida por la Corte Constitucional en su Sala Plena como órgano de cierre, solo las Sentencias de Unificación y las de Constitucionalidad tienen esta naturaleza, razón por la cual se denegará la solicitud de amparo respecto de este tópico”.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 74 / DECRETO 806 DE 2020 - ARTÍCULO 5

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 19 de agosto de 2021, C.P. Rocío Araújo Oñate \(E\), radicación 70001-23-33-000-2021-00095-01\(AC\).](#)

ACCIÓN POPULAR

1. El Municipio de Tame y el Departamento de Arauca, en coordinación con la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo -UNGRD y la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquia – CORPORINOQUIA, deben adelantar las gestiones necesarias y las obras para impedir el desbordamiento del río Cravo en la vereda La Holanda.

Síntesis del caso: *El presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda la Holanda instauró acción popular contra el municipio de Tame, el departamento de Arauca, la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquia – CORPORINOQUIA y la UNGRD, por estimar vulnerados los derechos colectivos al medio ambiente sano y a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles, dado que, desde el 2011 el río Cravo se ha desbordado y ha causado la inundación de los inmuebles ubicados en la vereda, generando graves perjuicios económicos y morales. Esta Corporación, en segunda instancia, luego de analizar las competencias y funciones de las autoridades accionadas, concluyó que no se tienen previstas medidas claras para mitigar la situación de riesgo en la que se encuentra la comunidad de la Vereda y tampoco la voluntad de adelantar acciones concretas encaminadas a efectuar estudios que permitan identificarlas.*

ACCIÓN POPULAR / PLAN DE DESARROLLO MUNICIPAL / MUNICIPIO / ENTIDAD TERRITORIAL / PLAN MUNICIPAL DE DESARROLLO / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / NORMATIVIDAD DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / PREVENCIÓN DE DESASTRES / PLAN MUNICIPAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES / PLAN DE GESTIÓN DEL RIESGO CLIMÁTICO – Ausencia de formulación / DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - No excusa la falta de protección de los derechos colectivos / INSUFICIENCIA PRESUPUESTAL / DESBORDAMIENTO DE RÍO / RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO DE TAME

Problema Jurídico 1: *¿El municipio de Tame está llamado a adoptar medidas tendientes –en especial actualizar el PMGRD y el Plan de Respuesta ante Emergencias, y articular el plan de gestión del riesgo, la estrategia de respuesta nacionales, el PBOT y el Plan Municipal de Desarrollo- para la mitigar el riesgo que genera el río Cravo en la vereda La Holanda del Municipio de Tame?*

Tesis 1: “[D]entro de las funciones asignadas al Alcalde (...) está la de ser el responsable de la implementación de procesos de gestión del riesgo en su territorio, integrar acciones estratégicas y prioritarias en materia de gestión del riesgo de desastres, la inclusión de mecanismos para el inventario de asentamientos en riesgo, y el señalamiento, delimitación y tratamiento de las zonas expuestas a amenaza derivada de fenómenos naturales, socio naturales o antropogénicas no intencionales, entre otras. (...) Lo anterior, significa que la orden dada al MUNICIPIO en la sentencia de primera instancia, se encuentra en el marco de sus competencias y funciones, pues conforme se explicó, el Alcalde es el conductor del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo en su territorio, lo que significa que es la autoridad encargada de ofrecer protección a la comunidad, así como de mejorar la seguridad, el bienestar y la calidad de vida, y contribuir al desarrollo sostenible, independientemente de las condiciones geográficas del ente territorial. El MUNICIPIO argumentó que el a quo no tuvo en cuenta que el terreno de su jurisdicción era inundable. Al respecto, se advierte que el Plan de Desarrollo Municipal 2020-2023, en el componente denominado Sector Gobierno Territorial, puso de manifiesto que en el Municipio de Tame, entre los años 2016 a 2019, se ha incrementado gradualmente la cantidad de personas afectadas por inundaciones. (...) Aunado a lo precedente, en dicho instrumento se puso en evidencia que el Plan Municipal de Atención y Gestión del Riesgo de Desastres -PMGRD- no está actualizado, así como tampoco hay estudios para la determinación del riesgo. (...) Como falencias generales en el proceso de gestión del riesgo se destacan las siguientes: i) falta de información oportuna de los riesgos, inexistencia de estudios pertinentes sobre este aspecto y desconocimiento del riesgo; ii) No definición de riesgos como prioridad, lo cual se relaciona con el poco personal disponible para procesos de vigilancia y control por parte del Municipio; iii) “Baja gestión de recursos de orden territorial para gestión del riesgo” y deficiencias en la planificación del desarrollo territorial en función del riesgo; y iv) deficiente investigación, obras y proyectos enfocados a la gestión del riesgo y falta

de conciencia de las personas. (...) [E]n el Plan de Desarrollo en mención se trazó como objetivo principal la reducción de la deforestación, la sobreexplotación y las quemadas de los recursos naturales, pues éstas dan origen a zonas vulnerables a eventuales riesgos. Asimismo, se propuso la actualización del PMGRD y la EMRE y capacitar a la población en el conocimiento del riesgo, entre otras. De lo anterior se advierte que pese a que el MUNICIPIO presenta altos índices de inundación, ello no exime al ente territorial de adoptar procesos adecuados de gestión del riesgo e implementar y actualizar el PMGRD y el Plan de Respuesta ante Emergencias, los cuales, además de estar en armonía con el plan de gestión del riesgo y la estrategia de respuesta nacionales, deben articularse con PBOT, lo que no se advierte en el presente caso, conforme quedó acreditado en el documento antes referido, cuyos insumos son de vital importancia a la hora de planear el desarrollo territorial, prevenir y mitigar amenazas de desastres y responder adecuadamente ante las tragedias que puedan presentarse. (...) Además, es necesario tener en cuenta que los planes de ordenamiento territorial, de manejo de cuencas hidrográficas y de planificación del desarrollo en los diferentes niveles de gobierno, deben integrar el análisis del riesgo en el diagnóstico biofísico, económico y socioambiental y, considerar, el riesgo de desastres, como un condicionante para el uso y la ocupación del territorio, procurando de esta forma evitar la configuración de nuevas condiciones de riesgo (...) . Asimismo, los municipios están en el deber de incorporar en sus respectivos planes de desarrollo y de ordenamiento territorial lo relacionado con el desarrollo seguro y sostenible derivados de la gestión del riesgo y, por consiguiente, los programas y proyectos prioritarios para estos fines, de conformidad con los principios que inspiran la gestión del riesgo. (...) [L]a Sala también echa de menos en el Plan de Desarrollo Municipal los aspectos relacionados con la gestión del riesgo del cambio climático, pues no se advierte la formulación del Plan de Gestión del Riesgo Climático, cuyo instrumento es de suma importancia si se tiene en cuenta que dicho fenómeno es uno de los causantes de las fuertes temporadas invernales. (...) [R]esulta claro para la Sala que la responsabilidad del MUNICIPIO en la situación de riesgo que enfrenta la comunidad de la Vereda La Holanda es ineludible y, por tanto, debe efectuar las acciones necesarias para mitigarla, las cuales serán precisadas en un acápite posterior. (...) En relación con el argumento esgrimido por el MUNICIPIO en cuanto a la falta de presupuesto para adelantar medidas tendientes a la mitigación del riesgo aquí ventilado, cabe resaltar que ha sido uniforme y reiterada la posición que esta Sección ha adoptado al respecto, en el sentido de señalar que la ausencia de presupuesto no es excusa para efectos de desvirtuar la afectación a derechos colectivos o, en su defecto, limitar las medidas que deban ser adoptadas en el marco de la acción popular para garantizarlos”.

ACCIÓN POPULAR / COMPETENCIA DE LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS PARA LA PREVENCIÓN Y MITIGACIÓN DE LOS RIESGOS DE DESASTRE PRESENTADOS EN UN MUNICIPIO / PLAN DE ORDENACIÓN Y MANEJO DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA - No se encuentra ajustado a las condiciones actuales del río Cravo / PLAN DE ORDENACIÓN Y MANEJO DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA – Articulación con ordenamiento territorial

Problema Jurídico 2: *¿Cuál es el papel que debe adelantar CORPORINOQUÍA para la mitigar el riesgo que genera el desbordamiento del río Cravo en la vereda La Holanda del Municipio de Tame?*

Tesis 2: “[E]n lo que tiene que ver con las Corporaciones Autónomas Regionales (...) Dichas Corporaciones Autónomas Regionales integran el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo según lo previsto en el artículo 31 de la Ley 1523, normativa que también establece que deben apoyar a las entidades territoriales de su jurisdicción en todos los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo, (...) Asimismo, la Sala destaca que las funciones encomendadas a cada uno de los integrantes del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo están regidas por los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva, los cuales fueron definidos por la misma Ley 1523 (...) Tales principios están reconocidos en el artículo 288 de la Constitución Política como rectores en el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales, y fueron desarrollados por la Ley 136 de 2 de junio de 1994 (...) [E]l artículo 14 de la Ley 1523 identifica al alcalde en su calidad de conductor del desarrollo local, como el responsable directo de la implementación de los procesos de gestión del riesgo en el distrito o municipio, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el área de su jurisdicción. La disposición en mención se acompaña con lo dispuesto por los artículos 311 de la Constitución Política y 1° de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, que definen al Municipio como la entidad territorial fundamental en la división político administrativa del Estado, cuya finalidad es prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, buscar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población de su territorio. [E]n materia de gestión del riesgo a quien le corresponde implementar, ejecutar, desarrollar, entre otras, las políticas, actividades y gestiones tendientes a dicho fin es, principalmente, al municipio en cabeza de su alcalde. No obstante, ello no indica que se deba dejar de lado que la misma Ley 1523 y el Decreto 4147, establecieron un trabajo coordinado y armónico con las demás entidades, dentro de las que se encuentran el Gobernador, la UNGRD y CORPORINOQUÍA, a quienes se les asignan especiales funciones de asesoría, orientación y apoyo a las entidades territoriales de distinto orden en materia de gestión del riesgo. (...) CORPORINOQUÍA dio cumplimiento parcial al auto de mejor proveer de 26 de febrero de 2020, pese a la prórroga que se le concedió para efectuar el estudio técnico solicitado, respecto del cual no se acreditó

que la entidad hubiese desplegado alguna actuación para llevarlo a cabo, pues solamente se limitó a reiterar desde un inicio las etapas que debían surtirse para el efecto, sin que hasta la fecha se hubiese agotado alguna de ellas, lo que denota una evidente falta de interés en acatar las órdenes judiciales y cumplir con sus deberes constitucionales y legales. (...) La Sala advierte que el Departamento en su recurso de apelación adujo que las Corporaciones Autónomas Regionales también conocen y participan de la reducción del riesgo de desastres, pues estas deben apoyar a los entes territoriales de su jurisdicción en todos los estudios necesarios para conocimiento y reducción del riesgo, los cuales deben ser integrados a los planes de ordenamiento de cuencas, de gestión ambiental, de ordenamiento territorial y de desarrollo, y actúan de manera complementaria y subsidiaria respecto a la labor de alcaldías y gobernaciones; además, de apoyar las labores de gestión del riesgo.(...) [L]as Corporaciones Autónomas regionales revisten un papel muy importante en la gestión del riesgo, pues integran el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo, en el que tienen la función de apoyar a las entidades territoriales de su jurisdicción en todos los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo (...) Con fundamento en lo anterior, en el caso concreto se advierte que CORPORINOQUIA mediante Resolución núm. 300.41-11-2097 de 28 de diciembre de 2011 aprobó el Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca Hidrográfica -POMCH- del río Cravo Norte (...) De lo anterior se advierte que, evidentemente, el POMCH adoptado por CORPORINOQUIA no se encuentra ajustado a las condiciones actuales del río Cravo, pues allí se destaca que la dirección dominante del río se mantiene sin grandes cambios; no obstante, lo probado en el expediente da cuenta de que éste varía su cauce constantemente, lo que ha ocasionado fuertes inundaciones y afectaciones a las viviendas, cultivos y demás actividades económicas ejercidas en su cercanía.”

ACCIÓN POPULAR / COMPETENCIA DE LOS DEPARTAMENTOS PARA LA PREVENCIÓN Y MITIGACIÓN DE LOS RIESGOS DE DESASTRE PRESENTADOS EN UN MUNICIPIO / DESBORDAMIENTO DE RÍO / RESPONSABILIDAD DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA / PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN Y CONCURRENCIA / COMPETENCIA DE LA UNIDAD NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES PARA LA PREVENCIÓN Y MITIGACIÓN DE LOS RIESGOS DE DESASTRE – Asesoramiento a las entidades territoriales / DESBORDAMIENTO DE RÍO

Problema Jurídico 3: *¿El departamento de Arauca y la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo, de acuerdo con sus funciones y competencias, deben adoptar medidas tendientes a la mitigación del riesgo que genera el río Cravo en la vereda La Holanda?*

Tesis 3: “En relación con la responsabilidad del DEPARTAMENTO, la Sala encuentra que como encargado de la implementación de procesos de conocimiento y reducción del riesgo, así como del mantenimiento de los procesos de gestión del riesgo, está llamado a responder en el presente caso, independientemente de si es generador o no de los daños causados por el desbordamiento del río, pues lo que aquí se discute es el deber constitucional y legal de atender las necesidades de los Municipios que se encuentran en su territorio. (...) Ello, en atención a que como se expuso en precedencia, el DEPARTAMENTO debe intervenir de manera coordinada, en concurrencia con el MUNICIPIO y en el marco de sus competencias, para efectos de garantizar la protección y para que cese la afectación que se está causando a los habitantes de la vereda La Holanda, pues se encuentra acreditado que la capacidad de atención del ente Municipal no es suficiente ya que han pasado años desde que la problemática fue identificada y a la fecha no se ha mitigado el riesgo. De modo que el DEPARTAMENTO deberá participar con las demás entidades accionadas para que sea mitigado el riesgo ocasionado por el río Cravo a la comunidad accionante, en aras de que puedan ser garantizados los derechos colectivos aquí ventilados. (...) [E]n virtud de lo establecido en la Ley 1523, está en el deber de coordinar la aplicación de las políticas de gestión del riesgo de desastres para lograr su optimización, lo que quiere decir que en el marco de sus competencias debe asesorar a los entes territoriales accionados en la mitigación y gestión del riesgo ocasionado por el río Cravo en el Municipio. En esa medida, si bien no cuenta con recursos para la ejecución de obras, la adquisición de elementos ni la prestación de servicios que permitan mitigar, corregir, superar y prevenir el impacto de los fenómenos erosivos, los desbordamientos y la inestabilidad del cauce del río Cravo y su brazo, caño Guata, sí está en el deber de gestionar, con la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia - APC, la consecución de recursos para fortalecer la implementación de las políticas de gestión del riesgo de desastres en el país, así como también prestar su asesoría, orientación en las medidas que se requieran para mitigar el riesgo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 27 de mayo de 2021, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación 81001-23-39-000-2018-00043-01 \(AP\)](#)

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

1. El desacato de los congresistas frente a las decisiones de la bancada, sus manifestaciones públicas en contra de esas decisiones, la sanción de expulsión del partido y la continuidad en sus curules no configuran la violación al régimen de conflicto de intereses

Síntesis del caso: *Se solicitó la desinvestidura de los congresistas [...], por considerar que violaron el régimen de conflicto de intereses, al separarse de las decisiones adoptadas por la bancada del partido por el que fueron elegidos y manifestarse públicamente contra esa colectividad. Al respecto, la Sala consideró que no se reunieron los presupuestos objetivos de la causal de desinvestidura de violación al régimen de conflicto de intereses.*

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PÉRDIDA DE INVESTIDURA - El juez como guardián del orden jurídico no puede crear causales no previstas en el ordenamiento, ni extender su aplicación a situaciones no previstas en las normas / EXPULSIÓN DE CONGRESISTA DE PARTIDO POLÍTICO - No configura una violación al régimen de conflicto de intereses

Problema Jurídico: *“Corresponde a la Sala determinar si los senadores [...] incurrieron en la causal de violación al régimen de conflicto de intereses [...] por haber sido expulsados del Partido de la U -o haber presentado renuncia a esa agrupación-, como consecuencia de su separación de las decisiones de la bancada”.*

Tesis: “El desacato de los congresistas frente a las decisiones de la bancada, sus manifestaciones públicas en contra de esas decisiones, la sanción de expulsión del partido y la continuidad en sus curules, aunque constituyen hechos que podrían tener otros efectos jurídicos, no configuran la violación al régimen de conflicto de intereses. No se acreditó -de manera concreta y particular- que la situación de los senadores, respecto de su antiguo partido, derivó en que, al votar o discutir un proyecto de ley o de acto legislativo, hubieran obtenido algún beneficio moral o económico. Tampoco el solicitante refirió de manera específica algún trámite legislativo en que los senadores hubiesen obtenido algún beneficio, conforme a lo establecido en el artículo 286 LOC (reformado por la Ley 2003 de 2019), por su desacato a las decisiones de la bancada o por el ejercicio de la curul, aún después de la expulsión. La Sala no desconoce que los congresistas [...] violaron el régimen de bancadas [...]. Tampoco puede pasar por alto que los senadores infringieron el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, en cuanto ordena que los candidatos elegidos por un partido deben mantenerse en esa organización durante el ejercicio de su curul. Esta situación se opone al normal funcionamiento del sistema democrático, en la medida en que pugna con el régimen de los partidos políticos y el régimen de bancada, que cobija a los miembros de las corporaciones de elección popular. Sin embargo, esta situación anómala [...] no configura una infracción al régimen de conflicto de intereses [...]. En otras palabras, esta situación irregular no se subsume en la causal de pérdida de investidura invocada por el solicitante. Como no se reunieron los presupuestos objetivos de la causal de desinvestidura de violación al régimen de conflicto de intereses, no hay lugar a hacer el juicio de reproche subjetivo a la conducta de los congresistas. El juez no le puede dar un alcance diverso a las disposiciones constitucionales y legales, ni mucho menos destruirlas para construir una nueva disposición ex post facto y así propiciar una sanción no prevista de antemano por una norma [...]. El juez de la pérdida de investidura es guardián del orden jurídico (art. 230 CN), no su arquitecto ni su destructor. Por ello, se negará la solicitud de desinvestidura”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión, sentencia del 8 de septiembre de 2021, C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación 11001-03-15-000-2020-04535-00\(PI\)](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. El Director de Aduanas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN carece de competencia para emitir circulares externas de carácter general y normativo.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda para obtener la nulidad de la Circular Externa núm. 192 de 31 de julio de 2000, expedida por el Director de Aduanas, para impartir instrucciones a los Directores Regionales, Administradores Especiales de Aduanas, Administradores Locales de Impuestos y Aduanas, Administradores Locales de Aduanas, Administradores Delegados de Aduanas, Jefes División de Servicio al Comercio Exterior, Jefes División de Comercialización, Jefes División de Fiscalización, depósitos habilitados, sobre el procedimiento que deben cumplir los depósitos habilitados para informar sobre la mercancía que quedaba en abandono.*

ABANDONO Y APREHENSIONES DE MERCANCÍAS – Circular de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN / CIRCULARES DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN – Clases: internas y externas / CIRCULAR EXTERNA DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN – Naturaleza de acto de carácter general / COMPETENCIA PARA EMITIR LAS CIRCULARES EXTERNAS DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN – Es del Director General / FALTA DE COMPETENCIA DEL DIRECTOR DE ADUANAS DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN - Para emitir circulares externas de carácter general y normativo / FALTA DE COMPETENCIA DEL DIRECTOR DE ADUANAS DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN – Para reglamentar el procedimiento que debían cumplir los depósitos habilitados para informar sobre la mercancía que quedaba en abandono / FALTA DE COMPETENCIA COMO CAUSAL DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA COMO ELEMENTO DE VÁLIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Concepto / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO POR FALTA DE COMPETENCIA – De la circular externa 192 de 2000

Problema jurídico: *“[D]eterminar si como lo manifiesta la parte demandante, el Director de Aduanas de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, carecía de competencia para expedir la Circular Externa núm. 0192 de 31 de julio de 2000.”*

Tesis: “La Sala, atendiendo lo anterior y en relación con la competencia del Director de Aduanas de la parte demandada para expedir resoluciones externas de carácter general y normativo al interior de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, insiste en que mediante el Decreto núm. 1071 de 1999, el Gobierno Nacional fijó, entre otras, las funciones de cada una de las direcciones que integran la entidad citada supra. La Sala advierte que el Gobierno Nacional, en el artículo 23 ibídem, enumeró cada una de las funciones a desempeñar por el funcionario designado como Director de Aduanas; funciones que, de conformidad con el inciso primero de la norma, debe desempeñar “[...] de acuerdo con las políticas e instrucciones señaladas por el Director General [...]”. Esta Sala observa que dentro de las facultades del Director de Aduanas, que se reitera, debe ejercer con sujeción a las instrucciones que le fije el Director General de la parte demandada, se encuentran las siguientes: i) “[...] expedir los actos administrativos e instrucciones técnicas para el cumplimiento y facilitación del servicio aduanero; [...]”; y ii) “[...] Impartir instrucciones de carácter general sobre aspectos técnicos de las normas aduaneras y de control de cambios, en lo de su competencia [...]”. La facultad del Director General de la parte demandada, para establecer políticas e instrucciones a seguir por los demás funcionarios de la entidad, se encuentra en el literal cc) del artículo 19 del Decreto núm. 1071 de 1999, [...] De conformidad con lo anterior, la Sala inste que al Director de Aduanas no se le dio la facultad de expedir actos administrativos de carácter general, como lo es el acto acusado, por medio del cual impartió instrucciones relacionadas con la actividad de almacenamiento de mercancías en los depósitos habilitados para tal efecto. La Sala, atendiendo lo expuesto supra, concluye que, aunque la parte demandada afirmó que desde antes del 2000, año en que la Directora General de la DIAN expidió la Resolución núm. 080 de 2000, por medio de la cual reglamentó todo lo relacionado con la expedición y publicación de actos administrativos de carácter general, al Director de Aduanas ya se le había conferido la competencia para expedir actos como el acusado por medio del Decreto núm. 1071 de 1999, tal afirmación no es acorde con la realidad toda vez que, como quedó transcrito en precedencia, el decreto indicado le confiere al Director General de la parte demandada y de manera exclusiva, la posibilidad de impartir instrucciones de carácter general. La Sala observa que, además, el Director General de la parte demandada, en ejercicio de sus facultades legales de instrucción y ante la eventual confusión que causaba la redacción del Decreto núm. 1071 de 1999, consideró pertinente expedir un acto administrativo con el fin de determinar qué funcionarios, al interior de la U.A.E. Dirección de Impuestos y

Aduanas Nacionales, podían emitir las diferentes clases de actos administrativos; para ese fin, se reitera que emitió la Resolución núm. 080 de 5 de enero de 2000, por medio de la cual dispuso que las circulares externas de carácter general y normativo eran de su exclusiva competencia; mientras que las de carácter interno, las podían expedir, entre otros funcionarios, el Director de Aduanas. Para esta Sala, lo expuesto permite predicar que el Director General de la parte demandada acató la prohibición prevista en el artículo 11 de la Ley 489 de 1998, según la cual, salvo lo que se disponga de manera especial en la ley, no se pueden transferir mediante delegación, entre otras, la función de expedir reglamentos de carácter general. Véase como, atendiendo el tenor del acto administrativo citado supra, cuya legalidad no se ha controvertido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que, por tanto goza de presunción de legalidad, el Director de Aduanas de la parte demandada carecía de competencia para emitir circulares externas de carácter general y normativo como la que se cuestiona en el presente asunto; es así porque de la lectura de la Circular Externa núm. 192 de 31 de julio de 2000, es evidente que el Director de Aduanas le impuso a los depósitos habilitados la obligación de informar a las divisiones de servicio de comercio exterior: por escrito, por correo o fax, al día hábil siguiente, qué mercancía quedaba en abandono legal; es decir, positivizó unas reglas de procedimiento para que los depósitos habilitados informaran a la parte demandante sobre la mercancía abandonada, con lo cual excedió el ejercicio de sus funciones haciendo que el acto acusado pueda ser sujeto de control judicial.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de julio de 2021, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-27-000-2009-00004-00.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. Se declaró la nulidad del artículo 36 de la Ordenanza 07 del 12 de noviembre de 1992, «por la cual se establece el Sistema de Clasificación y Nomenclatura de los empleados del Estado al Servicio de la administración central y descentralizada del Departamento y se fijan las escalas de asignación correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones», expedida por la Asamblea Departamental de Córdoba, que creó la prima semestral para los empleados de ese ente territorial.

Síntesis del caso: *La Nación, Ministerio de Educación Nacional en ejercicio del medio de control de nulidad formuló demanda contra la legalidad de la Ordenanza 07 del 12 de noviembre de 1992, proferida por la Asamblea Departamental de Córdoba, mediante la cual se creó la prima semestral a favor de los empleados públicos del respectivo ente territorial. El tribunal de primera instancia profirió sentencia en el sentido de declarar la nulidad del artículo 36 de la citada ordenanza, no obstante, terceros coadyuvantes formularon recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente y solicitaron que esta sea revocada, alegando derechos laborales adquiridos de los servidores públicos.*

CONCURSO NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA / VALIDEZ DE ACTO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / COMPETENCIA PARA LA FIJACIÓN DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS / CREACIÓN DE EMOLUMENTOS CON CARÁCTER SALARIAL O PRESTACIONAL / ALCANCE DE LA AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA DE LOS ENTES TERRITORIALES

Problema jurídico 1: *¿Corresponde a las entidades territoriales, en ejercicio de la autonomía atribuida por la Constitución Política, la creación de emolumentos con carácter salarial o prestacional?*

Tesis 1: «[E]xisten postulados normativos de raigambre constitucional como los artículos 150, numeral 19, literal e), y el artículo 300, numeral 7.º, así como de rango legal como lo es la Ley 4.a de 1992 en su artículo 12; los cuales desarrollan criterios claros sobre las potestades para crear el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de manera concurrente entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, y dejan una facultad residual a los entes territoriales en cuanto a la determinación de la escala salarial de sus servidores. [...] Bajo este contexto normativo se infiere que existen criterios de reserva material de ley respecto del Congreso de la República para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos a través de la imposición de postulados generales y de obligatoria observancia, que conforman un marco de acción sobre el cual se consolida la reserva reglamentaria del Gobierno Nacional para determinar en estricto sentido qué elementos remunerativos directos o no del servicio harán parte del esquema de los diferentes servidores públicos del Estado. Así como el planteamiento de los límites o topes sobre los cuales, con posterioridad, deberán ser determinados los montos o escala salarial a reconocer y pagar, puntual y específicamente, en cada entidad y para cada cargo del orden territorial, aspecto final que corresponderá por reserva ejecutiva a las corporaciones de elección popular en cada departamento, distrito o municipio, junto con los mandatarios locales como gobernadores y alcaldes. [...] [L]os aludidos tipos de reserva, obedecen básicamente a lo que constituye uno de los elementos esenciales de validez de las normas como lo es la competencia, habida cuenta de que esta conlleva la facultad inherente a la naturaleza de la autoridad para proferir decisiones mandatorias determinadas que ningún otro agente del Estado podría adoptar, ello en razón de aspectos como la jerarquía, la funcionalidad, la legitimidad democrática, la especialidad, la capacidad administrativa y financiera y, la finalidad material. Tales puntos conforman una serie de variantes que en conjunto se acompasan con el principio de legalidad que orienta y sustenta las acciones del Estado, en particular la función pública y su regulación salarial y prestacional. [...] [S]e observa que la creación de emolumentos con carácter salarial o prestacional, está contemplada desde el mismo modelo constitucional para ser provista de manera articulada y exclusiva entre el Legislador y el Gobierno Nacional, ello con el fin de que sean estas autoridades y no las del orden territorial, las que definan a partir de la propia concepción de la estructura funcional del Estado, qué elementos remunerarán el servicio y cuáles cubrirán las contingencias derivadas del ejercicio de un empleo público, sin que tal facultad pueda ser arrogada por entidades como asambleas departamentales o concejos municipales. Lo anterior halla sustento por cuanto a pesar de predicarse la autonomía administrativa de los entes territoriales, este concepto no se traduce en soberanía, sino que debe entenderse bajo la concepción de

los pilares fundamentales del Estado, principalmente en lo referente a su naturaleza que no es otra que la señalada en el artículo 1.º constitucional, cuando se precisa que Colombia es una República unitaria y descentralizada, lo cual implica la sujeción de las autoridades locales al poder central en punto a la regulación general de aspectos esenciales como en efecto lo es el régimen laboral aplicable a los empleados públicos. [...] [S]e infiere que no resultaría admisible que una autoridad territorial como la Asamblea Departamental de Córdoba, regule motu proprio aspectos relacionados con el régimen salarial o prestacional de los empleados del mismo departamento al margen de las directrices generales del Congreso de la República y del Ejecutivo Central [...] [L]a entidad demandada en ejercicio de una interpretación autónoma del artículo 300, numeral 7.º constitucional, consideró que tenía la facultad para crear un emolumento extralegal como lo es la prima semestral a favor de sus empleados. [...] [L]a fundamentación del Departamento de Córdoba resulta contradictoria a los presupuestos de competencia expuestos anteriormente, habida cuenta de que la titularidad de la potestad para fijar este tipo de prerrogativas, recae exclusivamente en el legislador y en el Gobierno Nacional para que las entidades territoriales sujeten sus acciones a dicho marco. [...] En conclusión: el artículo 36 de La Ordenanza 07 del 12 de noviembre de 1992 está viciado de nulidad por falta de competencia de la autoridad demandada para crear o fijar factores salariales como la prima semestral a favor de sus empleados, ello en la medida en que de conformidad con los artículos 150, numeral 19, literal e), y el artículo 300, numeral 7.º superiores, así como la Ley 4.a de 1992 en su artículo 12, por reserva constitucional y legal, tal facultad se encuentra articulada entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

DERECHOS ADQUIRIDOS / PRIMA SEMESTRAL DECRETADA MEDIANTE ACTO ADMINISTRATIVO / SITUACIONES JURIDICAS APARENTEMENTE CONSOLIDADAS

Problema jurídico 2: *¿Es posible predicar la existencia de derechos adquiridos, respecto de prerrogativas que en su origen y medio de reconocimiento tuvieron fundamento en actos ilegales?*

Tesis 2: «[...] [L]a prima semestral reconocida a favor de los empleados territoriales del Departamento de Córdoba no constituyó un derecho adquirido para estos, sino una situación jurídica aparentemente consolidada que puede ser enervada ante la evidencia de ilegalidad del acto administrativo que la creó. [...] [A] partir de una hermenéutica adecuada frente al alcance y naturaleza jurídica del concepto de derecho adquirido, es dable inferir que aquel exige como requisito sine qua non para su configuración, que su ingreso al patrimonio de una persona se derive de un reconocimiento ipso iure o en vía administrativa por el cumplimiento de los requisitos legales previstos para tal fin, tanto en lo que a la autoridad legitimada para decidir el asunto se refiere, como a las circunstancias de hecho y de derecho que acrediten la titularidad de la prerrogativa solicitada. Solo el cumplimiento de lo anterior permitiría que el referido derecho se encuentre debidamente garantizado por el ordenamiento vigente al momento de validar dichos presupuestos, y del mismo modo lo haría plenamente exigible y oponible a terceros, sin que pueda ser objeto de desconocimiento por parte de los agentes estatales con fundamento en un marco normativo posterior que modifique las condiciones para su configuración. [...] [P]ara que exista un derecho adquirido intangible ante nuevas regulaciones normativas, es indispensable que su causa o fuente haya sido legal, así como su origen y medio de reconocimiento (acto administrativo), pues de no serlo se atentaría contra su misma esencia jurídica y en tal sentido los efectos que este produzca redundarían en una ilegalidad e incluso inconstitucionalidad circular que afectaría otras garantías y eventualmente principios que prevalecen sobre el interés particular que se hubiese consolidado de manera irregular. [...] [A]segurar como lo hacen los terceros intervinientes, que al haber sido un derecho adquirido el reconocimiento de la prima semestral a su favor, no podría interrumpirse su pago por la declaratoria de nulidad del acto que sustentaba el emolumento, carece de cohesión jurídica en lo que respecta al sentido y fin ulterior del artículo 58 superior, pues este hace alusión a que las prerrogativas reconocidas o configuradas en vigencia de determinado régimen aplicable, deben seguir sometidas a aquel por irretroactividad de la ley posterior, seguridad jurídica y confianza legítima, sin embargo en ningún momento esta norma ni los lineamientos de la Corte Constitucional han previsto que tales derechos adquieran el carácter de absolutos frente a un eventual control de legalidad en sede judicial en lo atinente a su causa y origen. [...] En suma, no es viable afirmar que tales situaciones son inmodificables en cualquier escenario y que por lo tanto no pueden ser discutidas en una instancia judicial como la presente ante la anulación de la norma que contemplaba el derecho reclamado, además por cuanto los actos ilegales no crean derecho. [...] [E]n realidad se trataba de una situación jurídica aparentemente consolidada que habilitaba su control de legalidad en sede judicial, la cual al resultar en una nulidad, obliga a la autoridad administrativa como la demandada, a dejar de reconocer el derecho ante la desaparición del fundamento jurídico que convalidada su eficacia.»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 22 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 23001-23-33-000-2013-00163-02\(4789-18\).](#)

2. En lo que respecta a los efectos de la reubicación de servidores en una planta global de personal, lo que se pretende es que exista una laxitud en la ubicación de empleados para laborar en diferentes dependencias de la propia institución. Por lo tanto, el proceso de reubicación en comento no es suficiente para alegar *per se* la procedencia de una nivelación salarial fundada en un supuesto tratamiento discriminatorio ante una presunta igualdad funcional, pues lo propio debe ser demostrado fehacientemente por quien pretende la equiparación remunerativa.

Síntesis del caso: *El departamento del Tolima ordenó la reubicación del libelista, quien ocupaba el cargo de técnico operativo, código 314, grado 5 de la planta global de la entidad en el Departamento Administrativo de Tránsito, bajo la misma plaza y remuneración a la Secretaría de Turismo, Industria y Comercio (hoy Secretaría de Desarrollo Económico). Posteriormente designó al demandante como supervisor de los contratos de comodato, función que tenía a cargo la profesional universitaria que se encontraba adscrita a la Secretaría de Desarrollo Económico, quien igualmente fue reubicada en la dependencia a la que pertenecía el libelista con la función de supervisora de los convenios que había desarrollado aquel en dicha unidad. Finalmente, el ente territorial demandado reubicó nuevamente al demandante en el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte. Por lo anterior, presentó peticiones ante la Secretaría Administrativa del Departamento del Tolima, así como ante el gobernador de la entidad territorial con el fin de que se reconociera el pago de las diferencias salariales y prestacionales debido a que en su sentir ejerció las funciones del cargo de profesional universitario, código 219, grado 4 de la Secretaría de Desarrollo Económico. El Departamento del Tolima negó lo reclamado por el demandante al asegurar que aquel no fue encargado en la plaza de profesional, sino que fue reubicado con el mismo empleo con el que fue vinculado, sin que le hubiesen sido fijadas funciones diferentes a las que le correspondían."*

NIVELACIÓN SALARIAL DE FUNCIONARIO EN NIVEL TÉCNICO FRENTE A EMPLEO DEL NIVEL PROFESIONAL / EFECTOS DE LA REUBICACIÓN DE SERVIDORES EN UNA PLANTA GLOBAL DE PERSONAL / LA REUBICACIÓN DE EMPLEADOS DE UNA PLANTA GLOBAL ES INHERENTE A LA NOCIÓN DE ESTA CLASE DE ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL Y NO IMPLICA EN SÍ MISMA CAMBIO DE CARGO / EL DEMANDANTE DEBE PROBAR QUE EN VIRTUD DE LA REUBICACIÓN SE GENERÓ UN TRATO SALARIAL DISCRIMINATORIO / CARGA DE LA PRUEBA.

Problema jurídico: *«¿Es procedente la nivelación salarial deprecada por quien ostenta el cargo de técnico operativo, código 314, grado 5 de la planta global de la administración central del ente territorial demandado con el fin de igualar su remuneración y prestaciones a las percibidas por quien ocupa el empleo de profesional universitario, código 219, grado 4 de dicha autoridad, bajo el entendido que fue reubicado para desempeñar las mismas funciones que aquella ejercía?»*

Tesis : «[...] resulta necesario determinar el alcance del concepto de planta global al interior de las entidades públicas, para lo cual se debe tener en cuenta inicialmente el artículo 115 de la Ley 489 de 1998 [...] Como se aprecia, el hecho de que una entidad tenga una planta global de personal, implica que dentro de su estructura interna funcional, existen diferentes empleos debidamente clasificados y con nomenclaturas específicas, pero sin adscripciones puntuales o determinadas a una dependencia del organismo en especial, sino concebidos de una forma genérica para desempeñarse en cualquiera de estas, en atención a las necesidades del servicio y a los requerimientos que la propia autoridad defina en diferentes momentos, lo cual flexibiliza el traslado de cargos entre áreas a fin de garantizar los objetivos de la institución. [...] De otro lado, en lo que respecta a la reubicación como el mecanismo en virtud del cual el libelista alega que le fueron asignadas funciones inherentes a un profesional universitario y disímiles a las contempladas para el cargo de técnico operativo para el cual había sido nombrado, es necesario poner de presente el artículo 2.2.5.4.6 del Decreto 1083 de 2015 [...]

Según este marco normativo, puede sostenerse que cuando las entidades han creado plantas globales de personal (...) se entiende que los empleos conforman una sola estructura funcional dependiente de la institución como tal, y por lo tanto, no están adscritos o determinados a un área u oficina específica, toda vez que la reubicación precisamente busca distribuir funcionarios con sus correspondientes plazas a la unidad del organismo que más los requiera en observancia de las necesidades del servicio. [...] [E]n virtud de la reubicación de empleados, lo que se pretende es que exista una laxitud en la ubicación de aquellos para laborar en diferentes dependencias de la entidad, pero sin que se presente una variación en la naturaleza, denominación ni clasificación del cargo ocupado por el servidor público, sino solo en la dependencia para la cual se ejercerán las funciones y labores propias de su posición, aunque con la posibilidad de que la tareas como tal puedan variar en cuanto a su objetivo ante la especialidad de cada área de servicio. [...] En síntesis, es evidente que la autoridad nominadora tiene la potestad para reubicar a un empleado de su planta global donde este sea requerido en virtud de su cargo y con base en los fines del área que lo necesite. No obstante, se debe precisar que dicha figura al no tratarse de un encargo, no puede conllevar la desnaturalización de la plaza en la que fue nombrado el servidor reubicado, pues si bien las funciones, actividades y responsabilidades que a aquel le corresponderán, son las de la dependencia en la que sea asignado conforme al objetivo y fines de esta, ello procederá siempre y cuando sean de la misma esencia del empleo, esto es, de igual nivel jerárquico, código y grado, de acuerdo con el manual específico de la entidad. [...] la aludida modificación de funciones entre áreas de un mismo organismo en virtud de la reubicación de un servidor (como sucedió en el caso del demandante), no representa una desnaturalización del cargo per se, pues al analizar el empleo de técnico operativo al interior del Departamento del Tolima, se verifica una correlación entre dichas labores y la esencia del nivel jerárquico de la mentada plaza, al solo existir una divergencia en el enfoque de las actividades debido a la misión especial de cada dependencia, pero no en la forma de ejecutarlas al tener que «[...] apoyar técnicamente el desarrollo de procesos y procedimientos [...]», ello de manera general en cualquiera de las oficinas en las que llegue a ser designado. Por lo anterior, el hecho de que se haya materializado una reubicación del demandante en otra área de la entidad territorial, no implica por sí solo la evidencia de un tratamiento discriminatorio en materia salarial, pues no se configura un cambio en la asignación de funciones, requisitos y responsabilidades del empleo por las de otro de mayor jerarquía. Ahora, si lo que se pretende como lo alega la parte apelante es asegurar que la realidad superó la formalidad de dicha variación y que factualmente le fueron fijadas condiciones laborales propias de una plaza diferente, tal supuesto necesariamente debe demostrarlo de manera fehaciente a fin de poder realizar un análisis de confrontación de situaciones en clave de test de igualdad.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 15 de julio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 73001-23-33-000-2016-00616-01 \(0047-18\)](#)

3. Se declaró la nulidad del Decreto 3323 de 2005 y, por conformar unidad normativa con este, la del Decreto 140 de 2006 y la de los artículos 2.4.1.2.1. a 2.4.1.2.18. del Decreto Único Reglamentario del Sector Educación. Además, se exhortó al Congreso de la República para que, con la debida garantía de la consulta previa, expida un régimen especial que regule las relaciones entre el Estado y el personal docente de las comunidades étnicamente diferenciadas.

Síntesis del caso: *El Decreto 3323 de 2005, que reglamenta el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, fue demandado en ejercicio del medio de control de nulidad simple con fundamento en la causal de infracción de las normas superiores en que debía fundarse, especialmente, aquellas que consagran el derecho a la identidad cultural y a la educación étnicamente diferenciada.*

**MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD Y LA IDENTIDAD CULTURAL /
AMBITO DE APLICACIÓN / CONTENIDO Y ALCANCE**

Problema jurídico 1: ¿Cuál es el ámbito de la protección a la diversidad y la identidad cultural reconocido por la Constitución Política?

Tesis 1: «[...] la Constitución de 1991 le otorgó a los pueblos étnicos un estatus diferenciado que los hace sujetos de un amparo constitucional especial y titulares de importantes derechos entre los que interesa resaltar el de la identidad étnica y, asociado a este, el de la autonomía como una atribución indispensable para poder efectivizar el primero [...] Dentro de ese contexto normativo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la relación entre el Estado y estas comunidades tiene como premisas la existencia de diversidad de culturas e identidades étnicas; que todas ellas hacen parte de la identidad general del país; que todas tienen derecho a conservarse en el tiempo con sus costumbres, prácticas, creencias, lenguas y cosmovisión, así como a que se les trate sin discriminación y con el mismo respeto que se trata a cualquier grupo poblacional. Visto lo anterior, a manera de conclusión, resulta plausible plantear las siguientes afirmaciones: El artículo 7 Superior consagra la diversidad étnica y cultural como un principio fundamental del Estado, «[...] orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias [...]». Desarrollo de este principio es el derecho, igualmente fundamental, a la identidad cultural. La jurisprudencia constitucional le ha otorgado una dimensión colectiva y otra individual a este derecho [...] El ámbito de aplicación de este derecho no se restringe a los territorios indígenas pues todas las culturas son igualmente dignas y fundamento de la identidad nacional. Su contenido es supremamente amplio pues se manifiesta en diversas medidas que buscan el amparo y reivindicación de las comunidades étnicamente diferenciadas, [...] No obstante, como sucede con cualquier derecho, no goza de un carácter absoluto por lo tanto puede encontrar limitantes en mandatos constitucionales y legales pero no es cualquiera [...]»

DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN ÉTNICAMENTE DIFERENCIADA / CONTENIDO Y ALCANCE / CONSULTA PREVIA**Problema jurídico 2: ¿El derecho a la educación y como categoría de éste a la etnoeducación, comprende la autonomía en la prestación directa del servicio por parte de los grupos étnicos?**

Tesis 2: «[...] todos los nacionales colombianos, sin exclusión alguna, tienen derecho a la educación y que aquella que se imparta a los miembros de los pueblos étnicos, entre los que se cuentan las comunidades indígenas, afrodescendientes, negras, palenqueras, raizales y Rrom, debe ser acorde a su identidad cultural, de manera que a lo largo del tiempo puedan conocer, conservar y transmitir los rasgos propios que los caracterizan frente a la demás población, tales como su historia, tradiciones, costumbres, religión o creencias, idioma o lenguas, conocimientos y técnicas, sistema de valores, formas de vida, entre otros. Ello bajo el entendido que un Estado que garantice un sistema educativo en el que se proteja efectivamente la identidad de las diferentes etnias y culturas, es un Estado respetuoso del pluralismo, la democracia y la participación. Ahora, tratándose de etnoeducación, el principal fundamento normativo, además de las normas constitucionales previamente anotadas, se encuentra en el ya mencionado Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que se ocupa de esta materia en sus artículos 22 y 26 a 29 [...] Del anterior recuento, se identifican dos aspectos que llaman la atención de la Sala de manera particular. El primero, se refiere a la autonomía en la prestación directa del servicio por parte de los grupos étnicos [...] Sin embargo, no debe olvidarse que, al tratarse de un principio, su exigibilidad debe valorarse de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas del momento. Además, aunque pueda existir, en mayor o menor grado, una transferencia progresiva a los pueblos étnicos de la responsabilidad de realizar sus programas especiales de educación, la educación es un servicio público cuya titularidad responde, en primer lugar, al Estado [...] El segundo aspecto a resaltar tiene que ver con la consulta previa [...] como mecanismo de participación, promueve la democracia al tiempo que satisface el mandato de protección de la identidad e integridad cultural. En línea con ello, debe precisarse que la consulta previa es una obligación impuesta al Estado en los casos en que pretende adoptar medidas legislativas o administrativas que afectan directamente a las comunidades y grupos étnicos [...]»

CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS / ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE ETNOEDUCADOR / CARRERA DOCENTE / OMISIÓN LEGISLATIVA**Problema jurídico 3: ¿Para la selección de los etnoeducadores, resulta necesario realizar concurso público de méritos?**

Tesis 3: «[...] a) En la actualidad, ante la ausencia de una norma constitucional o legal que disponga otra forma de provisión del empleo, el concurso público de méritos es aplicable en la selección de los etnoeducadores. b) No obstante, los pueblos étnicos sí se encuentran excluidos del concurso predicable del sistema educativo general. En ese sentido, la aplicación del concurso en estas comunidades merece consideraciones especiales pues, en tal caso, el mérito debe evaluarse en un contexto de idoneidad cultural, a través de un conjunto de

reglas y condiciones particulares, distintas de aquellas por las que se rige el concurso público al que ha de someterse la generalidad del personal docente [...] De esta forma se garantiza que el concurso sea un instrumento razonable y proporcionado en la vinculación al sistema de carrera del personal docente de las comunidades étnicamente diferenciadas. c) Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que las normas constitucionales y convencionales en la materia, en el marco de la autonomía que debe reconocerse a los pueblos étnicos, permitirían establecer un mecanismo alterno de vinculación para los etnoeducadores bajo dos condiciones mínimas. La primera, que en todo caso, sea un sistema que pueda asegurar el contenido prestacional irreductible del servicio educativo en estas comunidades, esto es, su asequibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad. De allí la importancia de resaltar que, en todo caso, dicha autonomía ha de medirse en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas con las que cuenten estos pueblos en un determinado momento para asumir el proceso educativo de sus miembros con plena salvaguarda de las garantías exigidas por el ordenamiento superior. La segunda exigencia se refiere a que, por la relevancia constitucional de la materia, cualquier decisión que se tome al respecto debe ser adoptada en el seno del Congreso y estar antecedida de un proceso de participación y cooperación que se manifieste por medio de la consulta previa a estas comunidades. d) En la actualidad, pese a los requerimientos realizados por autoridades judiciales y a los esfuerzos de concertación adelantados en instancias administrativas, como los que ha hecho el Ministerio de Educación con algunas comunidades, el Congreso de la República continúa en mora de expedir una regulación integral del concurso para el acceso a las plazas docentes en comunidades y pueblos étnicamente diferenciados [...]».

NULIDAD DEL DECRETO 3323 DE 2005 / DESCONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE RESERVA DE LEY Y DE IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL

Problema jurídico 4: *¿El Decreto 3323 de 2005 incurre en la causal de nulidad por infracción de las normas superiores en que debía fundarse por desconocimiento del Convenio 169 de la OIT; los artículos 4, 7, 13, 68, 70, 72, 93 y 125 de la Constitución Política; el artículo 1 de la Ley 70 de 1993; el 62 de la Ley 115 de 1994; el artículo 11 del Decreto 804 de 1995, así como las Sentencias C-208 de 2007 y C-666 de 2016, en lo que respecta al derecho a la identidad cultural y a la educación étnicamente diferenciada?*

Tesis 4: «[...] la tesis de la Sala es que le asiste mérito a los demandantes y, por lo tanto, hay lugar a anular el acto administrativo enjuiciado [...] Aunque es cierto que el concurso público de méritos es aplicable a la vinculación de los docentes estatales que se desempeñan al servicio de los pueblos negros, afrodescendientes, raizales y palenqueros, no cabe duda de que el Convenio 169 de la OIT, en armonía con los artículos 7, 67 y 68 constitucionales, exigen la creación de un sistema de etnoeducación en el que, por supuesto, uno de los aspectos que se regulen de manera especial sea el régimen jurídico para acceder y permanecer en tales cargos [...] En el caso que ocupa la atención de la Sala, ha quedado establecido que el ámbito de aplicación del Decreto 1278 de 2002 es ajeno a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras toda vez que, en atención a los derechos de identidad cultural e identidad educativa, estas merecen un régimen jurídico especial de vinculación y administración del personal oficial docente que ha de impartir la enseñanza en sus poblaciones. Así las cosas, dado que el Decreto 3323 de 2005 se expidió como una norma reglamentaria del Decreto 1278 de 2002 con el fin de regular el concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, la Sala concluye que aquel transgredió el principio de identidad étnica y cultural en la medida en que obvió la creación de un verdadero sistema normativo especial que atendiera a las necesidades educativas igualmente especiales que tienen las referidas comunidades étnicas, sistema que, además, correspondía establecer al legislador. En efecto, otro importante motivo para la prosperidad de las pretensiones que formularon los demandantes se encuentra en la transgresión del principio de reserva de ley [...] En este caso, ha quedado suficientemente claro que el Decreto 3323 de 2005 goza de naturaleza reglamentaria en cuanto fue expedido por el presidente con fundamento en el artículo 189 Superior, numeral 11. También se explicó que a la fecha no existe una norma con rango y fuerza de ley que consagre un régimen especial respecto de las relaciones entre el Estado y el personal docente de las comunidades étnicamente diferenciadas [...] Visto lo anterior, resulta plausible sostener que el acto administrativo examinado desconoció los artículos 67, 68, 125, 150 y 365 Constitucionales toda vez que no tenía una cobertura legal apropiada a partir de la cual pudiera concluirse que su expedición obedeció al debido ejercicio de la potestad reglamentaria de que goza el Gobierno Nacional y no a la usurpación de una función propia del Congreso de la República [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 26 de agosto de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2019-00210-00\(1356-19\)](#)

4. Se declaró la legalidad condicionada de la Resolución 040 de 2015 “Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad”, proferida por el Procurador General de la Nación, en lo que corresponde a los puntajes para los títulos de posgrado maestría, doctorado y posdoctorado en áreas específicas del derecho, y la exclusión de las obras intelectuales que sean aportadas en medios digitales.

Síntesis del caso: *El Procurador General de la Nación, en ejercicio de sus facultades como supremo director y administrador del sistema de carrera de la entidad, y en cumplimiento de la sentencia C-101 de 2013 de la Corte Constitucional, profirió la Resolución 040 del 20 de enero de 2015 “Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad”; acto administrativo que fue demandado por los accionantes aduciendo la falta de competencia del Procurador General de la Nación para expedir el acto acusado y a la ilegalidad de los requisitos en él establecidos para el acceso a los cargos convocados.*

CONCURSO DE MÉRITOS / PUNTAJES POR ANTECEDENTES ACADEMICOS / IDONEIDAD PROFESIONAL / PUNTAJES PARA LOS TITULOS DE POSGRADO MAESTRÍA, DOCTORADO Y POSDOCTORADO EN ÁREAS ESPECÍFICAS DEL DERECHO - Barrera injustificada al acceso al servicio público / TÍTULOS GENÉRICOS O INESPECÍFICOS

Problema jurídico 1: *¿La disposición que establece que son objeto de puntuación aquellos títulos de maestría, doctorado y posdoctorado que reflejen una de las áreas específicas del derecho enlistadas en el acto administrativo demandado, constituye una barrera injustificada al acceso al servicio público?*

Tesis 1: «[...] Otorgar puntajes solamente a los títulos de posgrado maestría, doctorado y posdoctorado que reflejen de forma expresa áreas específicas del derecho descartando de plano aquellos que se expiden de forma genérica, como lo consagra el inciso 3º del numeral 1º del art. 17 de la Resolución 040 de 2015, comporta una restricción del derecho de acceso a los cargos públicos, y contraviene el principio del mérito, puesto que desconoce que el aspirante cuenta en todo caso, con las destrezas y capacidades que el mismo acto demandado en el art. 17 busca privilegiar a través de la asignación de mayores puntajes a los posgrados en maestría (15), doctorado (30) y posdoctorado (40). Para la Sala resulta relevante mencionar que la misma Ley 30 de 1992 en los artículos 12 y 13, se ocupó expresamente de resaltar que los programas antes enunciados contribuyen a ampliar y desarrollar los conocimientos para la solución de problemas disciplinarios, interdisciplinarios o profesionales con apoyo en la investigación y la profundización en áreas específicas de las ciencias, y en tal sentido, es claro que quien ha tenido la oportunidad de cursar dichos estudios, no solo tiene el dominio del tema en el cual centró su investigación, sino que además de ello, cuenta con importantes habilidades y competencias profesionales que lo cualifican en el servicio público. [...] [L]a disposición que establece que son objeto de puntuación aquellos títulos de maestría, doctorado y posdoctorado que reflejen una de las áreas específicas del derecho enlistadas en el acto administrativo demandado, constituye una barrera injustificada al acceso al servicio público, pues como bien lo señalan los actores, puede darse que el caso de que los planes de estudio o las investigaciones académicas realizadas para la obtención de dichos títulos, correspondan a las mismas materias cursadas por quienes ostentan diplomas específicos. Por lo mismo, unos y otros son diplomas válidos para acreditar la idoneidad profesional, así como las habilidades, competencias, capacidades y conocimientos necesarios para el desempeño de las funciones inherentes a los empleos a los cuales aspiran. [...] Aunque la especificidad es útil al momento de “escoger al personal con mayor conocimiento y experiencia para un área de trabajo en particular”, dicho propósito también se puede lograr si se permite a los concursantes que hayan obtenido ese tipo de títulos genéricos o inespecíficos, la posibilidad de acreditar o precisar su formación, mediante la presentación complementaria de las calificaciones obtenidas, de certificaciones que den cuenta de los estudios académicos adelantados o de los trabajos de investigación realizados. [...] [E]sta interpretación se aproxima mucho más a la justicia material, a los postulados filosóficos

inherentes a nuestro Estado social y democrático de derecho, consulta de mejor manera el principio pro homine y contribuye a dar cumplimiento al mandato constitucional de privilegiar la realidad frente a las formas. Vale la pena resaltar que los posgrados a los que alude la Sala son los de maestría, doctorado y posdoctorado y no los de especialización, pues como su propio nombre lo indica, estos últimos están orientados a la profundización en un área específica del derecho, y por ello los títulos que acreditan la realización de tales estudios, están llamados a precisar de manera puntal el área profesional correspondiente. [...] [L]a Sala se ve precisada a declarar la legalidad condicionada de la expresión “En la prueba de análisis de antecedentes únicamente se otorga puntaje a los posgrados[...] maestrías, doctorados o posdoctorados en derecho) que sean específicos respecto de la convocatoria y empleo correspondiente[...]”, contenida en el inciso 3º del numeral 1º del art. 17 de la Resolución 040 de 2015, siempre y cuando se entienda que también deberá otorgarse puntaje a los títulos de maestría, doctorados o posdoctorados, que se expidan de forma general, sin especificar un área de profundización del derecho, pero de los cuales se pueda derivar, bien sea a partir de las calificaciones obtenidas, del contenido de los planes académicos, o del trabajo de investigación adelantado, que el concursante conoce las materias que se exigen y relacionan en cada convocatoria. [...]

PRESENTACIÓN DE OBRAS INTELECTUALES EN MEDIO DIGITAL / EXCLUSIÓN DE DOCUMENTOS DIGITALES - Limitación arbitraria e injustificada del derecho de participar en concursos de mérito.

Problema jurídico 2: *¿La exclusión de las obras intelectuales que sean aportadas en medios digitales, resulta lesivo del derecho de participar en concursos de mérito para proveer cargos públicos?*

Tesis 2: «[...] [L]as reglas de la experiencia enseñan que las obras intelectuales valen por sí mismas, independientemente del formato o la presentación que tengan. (...) [S]i de lo que trata es de poder medir la idoneidad y la suficiencia profesional de una persona a través de sus obras, ninguna relevancia tiene el hecho de que se encuentren impresas en papel o grabadas en un medio digital. [...] [E]l hecho de que se haya dispuesto la exclusión de las obras que sean aportadas en medios digitales, resulta lesivo del derecho de participar en los concursos que tienen por objeto la provisión de los empleos a partir del mérito, desconoce la validez de los documentos digitales, y en suma, es una medida contraria al ordenamiento jurídico. Para la época en que fue expedido el acto demandado, ya se encontraba vigente la Ley 527 de 1999 en cuyas normas, siguiendo una tendencia universal, se reconocen plenos efectos a los documentos digitales y por ello se consagraron los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional según los cuales, los mensajes de datos tienen la misma eficacia y valor jurídico que los documentos físicos. [...] Es importante poner de relieve que la potestad reglamentaria asignada al Procurador General de la Nación en los artículos 275 Superior y 7º (numeral 45) del Decreto Legislativo 262 de 2000, debía desarrollarse en los precisos términos y límites dispuestos por el legislador, sin soslayar de manera alguna la aptitud probatoria de los documentos digitales. [...] [L]a citada exigencia no es proporcional en sentido estricto, pues lejos de buscar la plena realización de ese derecho y la optimización del principio del mérito, establece una limitación arbitraria e injustificada. [...] [L]a entidad demandada ha debido dejar abierta la opción de presentar las obras en medio físico o digital, para hacerlas valer en la prueba de análisis de antecedentes, lo cual estaría acorde con el marco normativo previamente esbozado y con el mandato de realización del derecho de acceso a los cargos públicos y el principio del mérito. [...] [L]a Sala concluye que le asiste razón a los demandantes y, por tal motivo se procederá a declarar la legalidad condicionada de los aportes relacionados con la valoración de los libros aportados en original y físico, contenidos en los artículos arts.5º (inciso 3º), 9º (numeral 2.9) y 17 (parágrafo 1º) de la Resolución 040 de 2015, bajo el entendido que los libros que dan lugar a puntaje en la prueba de análisis de antecedentes pueden presentarse en original y físico o en forma digital por quienes superen la prueba de conocimientos, siempre y cuando los derechos de autor de las publicaciones elaboradas y/o presentadas en físico o en medios digitales se encuentren debidamente registrados y cuenten con el respectivo ISBN (International Standard Book Number), tal como se exige en el numeral 2º del art. 17 del acto demandado.

[Consejo de Estado, de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 30 de julio de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-25-000-2015-00366-00\(0740-15\)](#)

5. Se deniega pensión de retiro por vejez reclamada por exfuncionario de la Rama Judicial, toda vez que no fue retirado del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso, sino que dicha edad la alcanzó 22 años después de su desvinculación y por lo tanto, no tenía una expectativa legítima de acceder a la pensión reclamada cuando fue desvinculado de la Rama Judicial.

Síntesis del caso: *El accionante a través de apoderado judicial demandó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, el reconocimiento y pago de una pensión de retiro por vejez a partir del 28 de julio de 2004 (fecha en la que cumplió la edad de retiro forzoso), de conformidad con los artículos 2 de la Ley 71 de 1988, 29 del Decreto 3135 de 1968 y 81 a 83 del Decreto 1848 de 1969, en concordancia con el Decreto 546 de 1971, teniendo en cuenta que laboró en la Rama Judicial desde el 1.º de agosto de 1968 hasta el 15 de julio de 1982, de manera continua e ininterrumpida, con lo cual reunió 13 años, 11 meses y 15 días de servicio. Pretensión que fue negada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, por no cumplir con los requisitos exigidos por la ley para el efecto, reconociéndole en su defecto el pago de la indemnización sustitutiva contemplada en la Ley 100 de 1993.*

PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ / REQUISITOS PARA LA PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ / VIGENCIA DE LA PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Problema jurídico 1: *¿Es posible aplicar la figura de la pensión de retiro por vejez para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que consagra la Ley 100 de 1993?*

Tesis 1: “La legislación anterior a la Ley 100 de 1993 tenía previsto una prestación excepcional –la pensión de retiro por vejez-, en aquellos casos en los cuales el trabajador avanzaba a la edad de retiro forzoso y, por ello, le era imposible continuar cotizando con fines pensionales. Así pues, la pensión de vejez excepcional tiene por objeto garantizar el mínimo vital de quien alcanza la edad del retiro forzoso. [...] Por su parte, el artículo 10 del Decreto Ley 546 de 1971, contenido del régimen especial de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, previó para los referidos servidores una pensión de vejez a quienes llegaren a la edad de retiro forzoso dentro del servicio judicial o del Ministerio Público, sin reunir los requisitos exigidos para una pensión ordinaria de jubilación, pero habiendo servido no menos de 5 años continuos en las citadas entidades. [...] Conviene precisar que la edad de retiro forzoso es una causal de retiro del servicio prevista en la ley. En el caso de la Rama Judicial, el artículo 5º del Decreto 546 de 1971 estableció los 65 años como la edad de retiro forzoso de los funcionarios y empleados a que se refiere el Decreto. [...] [L]a Ley 1821 de 2016 por medio de la cual se modificó la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas (...) la aumentó a 70 años de edad. Ahora bien, la Ley 100 de 1993 dispuso un régimen de transición respecto de la pensión de vejez del régimen solidario de prima media con prestación definida para quienes cumplan los requisitos de edad o tiempo de servicios previstos en el artículo 36 de la citada ley y, en consecuencia «la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión (...) será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados». Frente a la vigencia de la pensión de retiro por vejez [...] la Corte Constitucional en las sentencias T-174 de 2012 y T-080 de 2013, compartió la posición expuesta por el Consejo de Estado respecto de la vigencia de la pensión de retiro por vejez para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que cumplan los requisitos legales para acceder a esta prestación.”

PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ / REQUISITOS PARA LA PENSIÓN DE RETIRO POR VEJEZ / INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA EN VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993

Problema jurídico 2: *¿Es posible reconocer la indemnización sustitutiva a un funcionario de la Rama Judicial que no logró cumplir con los requisitos exigidos por el Decreto Ley 546 de 1971 para obtener la pensión de retiro por vejez?*

Tesis 2: “[L]a Ley 100 de 1993 prevé que las personas que, habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y no tengan la posibilidad de continuar cotizando,

podrán acceder a una indemnización sustitutiva. [...] [D]e acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1.º del Decreto 1730 de 2001, la indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante ha cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder a la prestación de vejez, invalidez o de sobrevivientes, antes o después de la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. [...] Así las cosas, conforme se analizó en precedencia, la pensión de retiro por vejez fue creada con el fin de proteger al servidor que se desvinculó del empleo por el solo hecho de haber llegado a la edad de retiro forzoso y sin el tiempo de servicio requerido para la pensión de jubilación o vejez, circunstancia que no se presentó en el sub-lite, pues es claro que el demandante laboró hasta el 15 de julio de 1982 y solo cumplió los 65 años de edad el 28 de julio de 2004, es decir, después de 22 años, lapso en el cual no existía impedimento legal para continuar efectuando las cotizaciones con destino a pensión. [...] [P]or lo tanto, no tenía una expectativa legítima de acceder a la pensión que reclama cuando fue desvinculado de la Rama Judicial. Reitera la Sala que la intención del legislador con la mencionada prestación, fue la de proteger a aquellos servidores que por tener la edad de retiro forzoso no podían continuar prestando sus servicios y no cumplían los requisitos para acceder a la pensión ordinaria de vejez o jubilación, en este caso, las cotizaciones mínimas. [...] Así las cosas, se procederá a revocar la sentencia de primera instancia en cuanto se demostró que el demandante no tiene derecho a la pensión de retiro por vejez por cuanto no llegó a la edad de retiro forzoso dentro del servicio judicial como lo exigía la norma y en tal sentido, no había adquirido ninguna expectativa de pensión. [...] [L]a Sala advierte que en este caso se dan los presupuestos para entrar a proferir una medida de protección judicial contemplada en el ordenamiento jurídico superior como lo es la indemnización sustitutiva, teniendo en cuenta que el demandante es una persona de la tercera edad, pues a la fecha, tiene 81 años de edad, que por tanto, es sujeto de especial protección constitucional. [...] [L]a Ley 100 de 1993 cobija a todos los habitantes del territorio nacional, por tanto, las normas que regulan lo referente a la indemnización sustitutiva también tienen aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron o prestaron sus servicios bajo la vigencia de la anterior normativa y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes. Por tanto, es viable conceder la indemnización sustitutiva con el cómputo de las semanas cotizadas aún con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, ya sea en el sector público o privado. Lo anterior, por cuanto el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, previó que son válidas y deben tenerse en cuenta todas las cotizaciones anteriores a la entrada en funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social para efectos de liquidar las prestaciones contempladas en esa normativa. En efecto, acorde con lo regulado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1.º del Decreto 1730 de 2001, la indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante ha cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder a la prestación de vejez, invalidez o de sobrevivientes, antes o después de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. [...] Aunque el señor (...) no cumplió los requisitos para ser acreedor a la pensión de retiro por vejez prevista en el artículo 10 del decreto 546 de 1971, quedó demostrado que sí tiene derecho a la indemnización sustitutiva en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que cumplió la edad para obtener la pensión de vejez, sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder a dicha prestación y se encuentra en imposibilidad de seguir cotizando en razón de su avanzada edad. [...]

LIQUIDACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA / PRESCRIPCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA

Problema jurídico 3: *¿Es posible reconocer la indemnización sustitutiva pasado el término de tres años para su reclamación conforme a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969?*

Tesis 3: “Conforme lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia impugnada y, se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, únicamente en cuanto no reconocieron la indemnización sustitutiva como medida de protección contemplada en el ordenamiento jurídico, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la UGPP, reconocer y pagar a favor del señor (...) la indemnización sustitutiva en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y, para su liquidación, se tendrá en cuenta el salario promedio (actualizado) devengado por el demandante entre los años 1968 a 1982, el número de semanas cotizadas en este período, y el promedio ponderado de los porcentajes cotizados para efectos pensionales. [...] En jurisprudencia reiterada, la Corte Constitucional ha precisado que la prescripción no opera en relación con la indemnización sustitutiva. [...] [S]e debe entender que la reclamación de la indemnización sustitutiva, también ostenta un carácter irrenunciable e imprescriptible, precisamente porque está dirigida a aliviar o disminuir las especiales condiciones de vulnerabilidad de aquellas personas que realizaron aportes para pensión, pero que no alcanzaron a cumplir los requisitos para acceder a ella, quienes se encuentran en una situación de indefensión mayor, que aquellos que lo lograron.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 1º de julio de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000-23-42-000-2015-02149-01\(2544-17\)](#)

6. La vacancia del cargo por abandono es una de las formas autónomas establecidas en la ley para la cesación de funciones o retiro del servicio público, que no exige el adelantamiento de un proceso disciplinario, sino la comprobación de tal circunstancia para proceder en la forma ordenada por la ley. Es decir, opera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración al respecto es meramente declarativo.

Síntesis del caso: *Docente de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, a quien se le declaró la vacancia del cargo por abandono del mismo, demandó el acto administrativo correspondiente aduciendo la violación de normas superiores; en especial, el derecho fundamental al debido proceso, toda vez que el ente nominador vulneró el derecho a la defensa del docente, en el entendido de que no le dio la posibilidad de rendir descargos para controvertir los hechos por los cuales se le adelantaba el proceso disciplinario y que la secretaria de educación nunca tuvo en cuenta su condición de amenazado, en contravía a lo establecido el Decreto 1628 de 2012, el cual señala las acciones inmediatas y el reconocimiento provisional del riesgo del educador para proteger sus derechos fundamentales.*

ABANDONO DEL CARGO / DECLARATORIA DE VACANCIA DEL CARGO / CAUSALES DEL RETIRO DEL SERVICIO / PROCEDIMIENTO SUMARIO PREVIO A LA DECLARATORIA DE VACANCIA DEL CARGO Y ABANDONO DEL CARGO

Problema jurídico 1: *¿La falta de asistencia a trabajar por parte de un funcionario, sin justificación, durante determinado tiempo, faculta per se a la administración para declarar la vacancia del cargo y el consecuente abandono de este?*

Tesis 1: “[...] [L]a doctrina ha definido el abandono del cargo como «el alejamiento personal de la posición pública de manera indebida. Es la dejación irregular sin causa justificada que hace el empleado público del empleo que venía ejerciendo» [...] [E]sta figura se consolida cuando el funcionario se ausenta o deja de ejercer las funciones asignadas a su cargo sin razón alguna. [...] [L]a cesación definitiva de funciones se produce, entre otras circunstancias, por abandono del cargo. Dicha causal fue reproducida por el artículo 105 del Decreto 1950 de 1973 que prevé que el retiro del servicio se da por las siguientes causas: i) declaración de insubsistencia del nombramiento; ii) renuncia regularmente aceptada; iii) supresión del empleo; iv) invalidez absoluta; v) edad; vi) retiro con derecho a pensión de jubilación; vii) destitución; viii) abandono del cargo; ix) revocatoria del nombramiento y x) muerte. [...] [E]l artículo 126, ibidem, señaló que el abandono del cargo se produce cuando un empleado, sin justa causa, no reanuda sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar; cuando no concurra al trabajo por tres días consecutivos; cuando no concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o, en caso de renuncia, antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del mismo decreto; y cuando se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo. En estas hipótesis legales, no se requiere adelantar proceso disciplinario para efectuar la declaratoria respectiva. A su turno, los artículos 127 y 128, ejusdem, decretaron que corroborada la ocurrencia de alguna de las citadas hipótesis, la administración podría declarar la vacancia del empleo, previo el procedimiento legal, y en caso de que el servicio se vea afectado, el empleado será acreedor de las sanciones disciplinarias, penales y civiles correspondientes. En ese orden de ideas, la falta de asistencia a trabajar por parte de un funcionario, sin justificación, durante determinado tiempo, faculta a la administración para que declarara la vacancia del cargo y el consecuente abandono de este, por parte de su titular, previo al agotamiento de un procedimiento sumario en el que se demuestre la intención del servidor de dejar el empleo.”

ABANDONO DEL CARGO COMO FALTA DISCIPLINARIA / ABANDONO DEL CARGO COMO CAUSAL DE RETIRO Y FALTA DISCIPLINARIA / VACANCIA DEL CARGO POR ABANDONO ES UNA DE LAS FORMAS AUTÓNOMAS ESTABLECIDAS EN LA LEY PARA LA CESACIÓN DE FUNCIONES O RETIRO DEL SERVICIO PÚBLICO

Problema jurídico 2: *¿La vacancia del cargo por abandono como una de las formas autónomas establecidas en la ley para la cesación de funciones o retiro del servicio público, exige para su declaración el adelantamiento de un proceso disciplinario?*

Tesis 2: “[...] [L]a [D]icha conducta fue incluida como falta gravísima en el artículo 48, numeral 55, de la Ley 734 de 2002, entendida como la dejación voluntaria definitiva y no transitoria de los deberes y responsabilidades que exige el empleo del cual es titular el servidor estatal, de forma injustificada, esto es, sin que exista una razón que compruebe la inasistencia. [...] «dicho abandono se puede presentar, bien porque se renuncia al ejercicio de las labores o funciones propias del cargo, con la necesaria afectación de la continuidad del servicio administrativo, o bien porque se deserta materialmente del cargo al ausentarse el servidor del sitio de trabajo y no regresar a él para cumplir con las labores asignadas, propias del cargo o del servicio. Corolario de lo anterior es que el abandono debe ser injustificado, es decir, sin que exista una razón o motivo suficiente para que el servidor se exima de la responsabilidad de cumplir con las funciones propias del cargo o del servicio. Ello es así, porque de ser justificado el abandono del cargo o del servicio desaparece la antijuridicidad del hecho y, por consiguiente, la falta disciplinaria». El Consejo de Estado, de tiempo atrás, sostenía una postura pacífica y reiterada respecto del abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio, en el sentido de indicar que no se requería del adelantamiento de un proceso disciplinario para su declaración, por cuanto consideraba «incuestionable que el abandono del cargo constituye una situación independiente, con características especiales que la distinguen de las demás causales de retiro, como se desprende del mencionado Decreto 2400 de 1968». Dicha posición se mantuvo hasta después de la entrada en vigor de la Ley 200 de 1995. [...] [L]a figura del abandono de cargo cambió radicalmente, a partir de la vigencia de la Ley 200 de 1995, porque este Código Disciplinario Único consagró, en el numeral 8 del artículo 25, como falta gravísima, el abandono injustificado del cargo o del servicio, la cual debe ser sancionada con el retiro del servicio por destitución en los términos del artículo 32 ibidem. [...] [L]a Sección consideró que el artículo 25 del citado Decreto 2400 de 1968, junto con su reglamentación contenida en los artículos 126 a 128 del Decreto 1950 de 1973, fueron derogados por la Ley 200 de 1995, para ser gobernado el abandono injustificado del cargo o del servicio por el régimen disciplinario establecido en esta normativa. Agregó que no existía fundamento que permitiera sostener la diferencia entre el abandono que da lugar a la vacancia del cargo y el que genera la causal disciplinaria (...) Con esta tesis, se le imponía a la entidad, para declarar la vacancia del cargo por abandono, adelantar un proceso disciplinario y si ello no ocurría el acto se encontraba viciado de nulidad, por pretermitir el trámite señalado por la ley. No obstante, la Sala Plena de la Sección Segunda, con el fin de unificar la jurisprudencia, recogió el anterior planteamiento sobre la materia, aclarando que si bien se trata de una misma circunstancia, el abandono injustificado del servicio comporta efectos autónomos distintos cuando se trata de regular la función pública que cuando se trata de disciplinar a los funcionarios. En esa medida, advirtió que mal puede aplicarse la causal de abandono del cargo solamente precedida de un proceso disciplinario, pues frente a la administración pública es menester que el nominador cuente con esa herramienta para designar un funcionario en reemplazo del que abandonó sus tareas, para así lograr la continuidad de la prestación del servicio público, fin que no es otro al que apunta esta figura en la función pública. [...] En conclusión, es claro que la vacancia del cargo por abandono es una de las formas autónomas establecidas en la ley para la cesación de funciones o retiro del servicio público, que no exige el adelantamiento de un proceso disciplinario, sino la comprobación de tal circunstancia para proceder en la forma ordenada por la ley. Es decir, opera por ministerio de la ley y el pronunciamiento de la administración al respecto es meramente declarativo. [...] [E]l apelante sostiene que su ausencia del trabajo se encuentra justificada en las amenazas que recibió contra su integridad física. No obstante, como lo advirtió el a quo, el demandante se ausentó del servicio desde el 15 de abril de 2010 y solo puso en conocimiento de la Secretaría de Educación su situación de amenazado, mediante escrito radicado el 23 de noviembre de 2011, es decir, un año y siete meses después. De igual manera, denunció el hecho en la Fiscalía General de la Nación, el 23 de enero de 2013. No obstante, no aportó ninguna prueba de las supuestas amenazas.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 1° de julio de 2021, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 13001-23-33-000-2014-00250-01\(4642-19\)](#)

7. Se negó la reliquidación de una pensión convencional por reintegro al servicio en calidad de congresista por no cumplir el reconocimiento pensional con los requisitos legales de convalidación

Síntesis del caso: *Un servidor público de EMCALI que disfrutaba del reconocimiento y pago de una pensión convencional se reintegró al servicio como congresista en dos legislaturas, al terminar su último periodo solicitó se reanudara el pago de la pensión y se procediera a su reliquidación. Dicha petición fue negada por considerar que no procedencia por el carácter convencional de la prestación.*

REINTEGRO AL SERVICIO OFICIAL DE PENSIONADO – Requisitos / RELIQUIDACIÓN PENSIONAL POR REINTEGRO AL SERVICIO - Es procedente frente una pensión convencional siempre que cumpla con los requisitos de ley / RELIQUIDACIÓN PENSIONAL - Tiene carácter accesorio en relación con el reconocimiento pensional / CONVENCIÓN COLECTIVA EN EMCALI - Aplicación a trabajadores oficiales / PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON BASE EN CONVENCIÓN COLECTIVA – No convalidación / RELIQUIDACIÓN PENSIONAL POR REINTEGRO AL SERVICIO COMO CONGRESISTA – Improcedencia por no cumplirse los requisitos legales para convalidar el reconocimiento pensional con base en convención colectiva

Problema jurídico: *¿La reliquidación pensional por reingreso al servicio oficial es posible aún cuando el origen hubiere sido extralegal y de ser así, se exige que el derecho que se hubiere reconocido cumpla de los requisitos de ley?*

Tesis: “Quien disfrute de una pensión de jubilación, podrá reincorporarse al servicio oficial, previa suspensión de su pago, siempre que se trate de un empleo de elección popular o en uno de los cargos expresamente señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o por el Gobierno, de conformidad con la posibilidad prevista en el inciso final de la misma norma en cuanto señaló que «Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.». De igual manera, dicha situación permite la reliquidación pensional, previo cumplimiento de los requisitos legales a saber; i) que la persona reingresada sea pensionada por servicios a una o más entidades públicas, ii) que se reintegre a cargos oficiales autorizados por la ley o de elección popular y, iii) que el jubilado permanezca en el cargo por 3 años o más. El hecho de que la reliquidación estudiada también esté permitida para el pensionado que reingresa al servicio de una empresa particular, a una de sus filiales o subsidiarias, siempre que la reincorporación tenga el mismo tiempo indicado para el sector público, esto es, 3 años.(...) la reliquidación pensional por reingreso establecida en el artículo 4 de la Ley 171 de 1961, no se encuentra condicionada puntualmente a que el derecho hubiere sido reconocido por el cumplimiento de los requisitos de algún régimen legal, siendo viable ante cualquier fuente generadora de la obligación, pues en últimas lo allí establecido es la variación del ingreso que sirve de base de liquidación, por acontecer para el pensionado nuevos tiempos de servicio ocurridos por autorización de la ley, y en los cargos o dignidades también permitidas por él. (...) La jurisprudencia ha sido clara en diferenciar estos litigios, de aquellos en donde se discute la legalidad del reconocimiento pensional, y por tanto tal como se concluyó, la reliquidación por reingreso es perfectamente posible tratándose de derechos cuya fuente es extralegal respecto de servidores públicos que por su naturaleza no le es posible beneficiarse de tales instrumentos; pero en todo caso, partiendo del supuesto de que el estatus o perfeccionamiento del derecho hubiere ocurrido de conformidad con el ordenamiento positivo, pues no puede desconocerse que la reliquidación o reajuste es accesorio al derecho principal de la pensión. (...) la condición de trabajadora oficial de la parte demandante al momento del estatus, adquirida solo a partir del 1º de enero de 1997, *per se* no le asignaba el derecho a la pensión convencional de la que pende la pretensión de este proceso, así el reconocimiento no sea discutido por su previsor social, pues además de que su tiempo de servicio comprendió la condición de empleada pública, su situación pensional no se definió antes del límite temporal descrito por el legislador antes del 30 de junio de 1997, para entenderla convalidada. En tal contexto, no puede pasar por alto la Sala que la mayor parte del tiempo de servicio de la parte demandante lo acumuló como empleada pública cuando EMCALI era establecimiento público, y en tal condición, de acuerdo con los razonamientos jurisprudenciales dicho periodo no resultaba válido para el reconocimiento de su pensión convencional, cuyo espíritu está referenciado a beneficiar principalmente a los trabajadores oficiales, salvo que excepcionalmente hubiere consolidado el derecho siendo empleada pública antes del vencimiento del plazo previsto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993. (...) Por lo expuesto, a pesar de que el origen extralegal de la pensión es compatible con la reliquidación por reingreso al servicio, en esta oportunidad la Sala, no puede acceder a las súplicas de la demanda, porque el perfeccionamiento del derecho de la demandante no atendió el espíritu de que la convención solo puede beneficiar a los trabajadores oficiales, condición ésta que solo adquirió al finalizar su vida laboral y por un espacio de tiempo insuficiente para el efecto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 06 de mayo de 2021, C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez, radicación: \(25000-23-25-000-2011-01050-02\(0809-14\)11001-03-25-000-2016-00703-00 \(3095-16\)](#)

8. Se declara la nulidad de las sentencias que ocasionaron la disminución de la mesada pensional de la demandante, por vulnerar los principios de congruencia, acceso a la administración de justicia y tutela efectiva.

Síntesis del caso: *Acude la demandante al recurso extraordinario de revisión, invocando la causal 5 del artículo 250 de la ley 1437 de 2011, en razón que su mesada pensional fue reducida por la entidad accionada como administradora de su pensión, en cumplimiento de los fallos dictados dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la accionante contra Cajanal EICE para obtener la reliquidación de su mesada pensional.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PONE FIN AL PROCESO FRENTE A LA CUAL NO PROCEDE RECURSO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – Vulneración / DISMINUCIÓN DE LA MESADA PENSIONAL COMO CONSECUENCIA DE DECISIÓN JUDICIAL- Improcedencia/ DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Vulneración / PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - Vulneración / FALTA DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA – No impide que se configure la causal de revisión

Problema jurídico: *¿Opera la causal 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, cuando como consecuencia de la decisión judicial se reduce la mesada pensional a la demandante?*

Tesis: “La Sala advierte la incongruencia de los falladores de instancia, dado que en las sentencias por ellos proferidas se desconocieron los límites establecidos en la demanda interpuesta por la señora María Nelly Díaz Álvarez, y por ello, su interés en acudir a la jurisdicción contenciosa, el cual consistía en elevar el monto de su mesada pensional. Nótese que el propósito del legislador al establecer el recurso extraordinario de revisión es corregir una decisión judicial que se mantiene en el ordenamiento jurídico pese a contener una decisión injusta. Dicha injusticia se evidencia en el caso de quien ha laborado gran parte de su vida y ha cotizado sobre su salario, con el propósito de acceder a una pensión para tener unas condiciones de vida dignas en su vejez. Y, acude de buena fe ante la administración de justicia solicitando el aumento de su mesada pensional. Encontrándose con que la decisión judicial ejecutoriada y que finalmente es cumplida por la administración, resulta lesiva de sus intereses, como quiera que el monto reliquidado de la mesada pensional es inferior al inicialmente reconocido por la entidad administradora de pensiones. Resulta a todas luces contrario a la finalidad de la actividad judicial, al derecho de acceso a la administración de Justicia y al principio de tutela judicial efectiva que un pensionado accione el aparato judicial y espere el trámite de las instancias, para que, como resultado, el fondo administrador de pensiones le reduzca su mesada pensional. Para la Sala la reducción de la mesada pensional de la actora como resultado de la decisión judicial constituye una situación intolerable en un Estado Social de Derecho, cuyos fines esenciales son garantizar los derechos consagrados en la Constitución y asegurar la vigencia de un orden justo; así como que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en sus derechos y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Por ello, en casos como el presente adquiere especial relevancia el objeto del recurso extraordinario de revisión para que se corrijan con arreglo a la justicia las sentencias censuradas. Así pues, el *sub lite* constituye una excepción al principio de cosa juzgada, en tanto deben primar la justicia material y el principio de tutela judicial efectiva. Ahora bien, pese a que la demandante conoció la decisión de primera instancia y no interpuso el recurso de apelación; a juicio de la Sala este hecho no conlleva a la improcedencia del recurso extraordinario de revisión. Lo anterior, debido a la naturaleza fundamental del derecho la seguridad social, lo que obliga a que la interpretación de las normas procesales se realice garantizando la efectividad de los derechos sustanciales; en segundo lugar, se aprecia que la providencia del juzgado pretendía ser estimativa de lo pedido por la actora, quien como resultado consideró la sentencia le era favorable a sus intereses. Quien solo notó la desmejora al momento en que la entidad accionada dio cumplimiento a los fallos de instancia. Adicionalmente, la Sala encuentra que se debe dar prevalencia al principio de justicia material, de tal suerte que la falta de interposición del recurso no obsta para que en el presente caso se tenga por configurada la causal de nulidad originada en la sentencia.(...) la Sala encuentra demostrada la causal de revisión de nulidad originada en la sentencia, consagrada en el numeral 5 del artículo 250 del CPACA. Esto, en razón de la falta de congruencia entre lo pedido por la señora María Nelly Díaz Álvarez y lo ordenado por el Juzgado Séptimo Administrativo de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima, que lesionaron su derecho al debido proceso y desconocieron los principios de favorabilidad, interés en la pretensión, movilidad pensional e intangibilidad y tutela judicial efectiva.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 04 de marzo de 2021, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2013-01223-00\(3095-13\)](#)

9. Se negó la nulidad de la revocatoria directa del acto de reajuste de la pensión de jubilación de un trabajador de Foncolpuertos por acreditarse que se obtuvo por medios ilegales.

Síntesis del caso: *Se revoca el reajuste pensional reconocido a un trabajador de Foncolpuertos como consecuencia de la condena de carácter penal a ex-director de la entidad por peculado por apropiación en favor de un tercero, que permitió acreditar que su expedición se había obtenido por medios ilegales por sustentarse en certificaciones falsas. El pensionado considera que por no haberse adelantado investigación penal por los hechos, se requería su previo consentimiento para proferir el acto administrativo.*

REVOCATORIA DIRECTA DEL REAJUSTE PENSIONAL – No requiere autorización previa cuando se obtiene por medios ilegales / CONDENA PENAL A DIRECTOR DE FONCOLPUERTOS POR PECULADO POR APROPIACIÓN AGRAVADO A FAVOR DE TERCEROS – Vicia la voluntad de la administración / ILEGALIDAD DEL REAJUSTE PENSIONAL - Prueba

Problema jurídico: *¿La asiste derecho al beneficiario de la pensión de jubilación para que le sea restablecido el reajuste revocado sin su previo consentimiento, por considerar que se obtuvo por medios ilegales con sustento en la condena de carácter penal impuesta al Exdirector del Foncolpuertos por peculado por apropiación a favor de un tercero ?*

Tesis: La parte accionante alega en sus escritos de demanda y alzada, que para efectos de ajustar su pensión de jubilación debía pedirse su autorización previa, conforme a lo previsto en el artículo 73 del CCA. Al respecto, esta Corporación precisa que, tal como se determinó en precedencia, la revocación directa de los actos administrativos de carácter particular y concreto requieren el consentimiento previo, expreso y escrito del titular del derecho cuestionado, y en caso de que ello no sea posible, la Administración deberá demandar su propio acto ante lo jurisdicción de lo contencioso-administrativo; no obstante, cuando fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales es dable su revocación sin autorización del particular, excepción esta que aplica en este asunto, según el contenido y alcance descrito en el acápite precedente. Por tanto, la ilegalidad evidenciada, en uno de los procesos penales contra el exdirector general de Foncolpuertos, acerca del reajuste de la pensión de jubilación del actor, generó un vicio en la voluntad de la Administración, independientemente de que el acto ilícito provino o no de aquella, sino que en este caso se originó de un tercero (exdirector general de Foncolpuertos), (...) por cuanto constituyó su causa eficiente y se trató de una ilicitud debidamente comprobada y expuesta en la decisión acusada, por lo que carece de asidero jurídico la aseveración del actor de que al no haber sido investigado penalmente, no se podía revocar el acto por la entidad encargada. En relación con el argumento del accionante concerniente a que en la sentencia invocada en el acto demandado no estaba comprendido el reajuste pensional otorgado con Resolución 1347 de 1995, cabe destacar que, por un lado, esta fue analizada en el fallo de 24 de septiembre de 2004, cuya conclusión sobre su ilegalidad se encuentra consignada en la parte motiva del acto acusado como fundamento de la revocación; y, por otro, fueron allegadas al proceso todas las pruebas con las que se evidencia que la Resolución 1347 de 1995 (que reajustó la pensión de jubilación), además de ser firmada por el señor Luis Hernando Rodríguez Rodríguez, estaba comprendida entre las decisiones que comportaron la comisión de las mencionadas conductas punibles y, por tal motivo, constituye un acto administrativo expedido de manera ilegal.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 24 de junio de 2021, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 47001-23-33-000-2015-00317-01\(1402-18\)](#)

SECCIÓN TERCERA

1. No existe relación de especial sujeción cuando la persona que acaba de ser capturada huye de las autoridades.

Síntesis del caso: *Al salir de una fiesta en estado de embriaguez, la policía detuvo y esposó con las manos atrás a un ciudadano que se encontraba en posesión de un arma de fuego tipo <<changón>>. Los asistentes a la fiesta trataron de impedir la acción de la policía, lo cual fue aprovechado por el detenido para huir, a pesar de encontrarse esposado. La policía emprendió la búsqueda del detenido sin éxito; solo después de un tiempo algunas personas lo encontraron tirado en una zanja. En el hospital en que recibió tratamiento se determinó que el ciudadano presentaba un trauma craneoencefálico severo producto de un fuerte golpe en la frente. Esta herida le ocasionó una pérdida de la capacidad laboral del 60,24 %.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR INTEGRANTES DE LA FUERZA PÚBLICA / ANÁLISIS DE PRUEBA / VALIDEZ DE LOS MEDIOS DE PRUEBA / DAÑO OCASIONADO POR AGENTE ESTATAL EN SERVICIO / LESIONES PERSONALES GRAVES / FALTA DE PRUEBA / PRUEBA DIRECTA / IMPUTABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CULPA DE LA VÍCTIMA / CONDUCTA DE LA VÍCTIMA CON CAUSACIÓN DEL DAÑO / INVESTIGACIÓN PENAL MILITAR / LESIONES PERSONALES / MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL / ABSOLUCIÓN EN EL PROCESO PENAL / CONTRADICCIÓN DE TESTIMONIOS / DECLARACIÓN DEL TESTIGO / REVOCATORIA DEL FALLO IMPUGNADO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema Jurídico: *¿Existe relación de especial sujeción cuando un detenido que acaba de ser capturado huye de las autoridades?*

Tesis: “En este caso la responsabilidad no puede deducirse simplemente por las <<relaciones especiales de sujeción>> que el Estado tiene frente a personas detenidas. En dichos eventos la responsabilidad objetiva se fundamenta en que la autoridad tiene a su cargo la <<custodia y vigilancia>> de dicha persona. Sin embargo, en el caso concreto dichas obligaciones no surgieron en cabeza de la Policía porque la víctima acababa de ser capturada, los agentes intentaron controlar la situación de orden público que se presentó por su captura y fue en dicho momento que la víctima huyó. Los agentes que atendieron la situación manifestaron que los acompañantes de la víctima y <<la gente de la fiesta>> les hicieron <<una asonada>>, que <<empezaron a venírse nos encima>>. De dicha circunstancia se dejó constancia en el libro de minuta de guardia en el que los agentes consignaron que <<nos hicieron una asonada donde el sujeto logró escapar esposado>>. [...] La víctima huyó mientras los agentes de Policía intentaban controlar la situación, por ende, no es posible considerar que tenían la custodia de la víctima y mucho menos que la demandada responda objetivamente por los daños que se presentaron durante su huida. La aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva en el cual se deduzca la obligación del Estado de reparar los daños sufridos por un detenido porque este se encuentra bajo su custodia, no puede hacerse cuando quien fue capturado huye: en este caso a la víctima le correspondía acreditar que sufrió un daño como consecuencia de la acción de los agentes estatales, que fue lo que se planteó en la demanda. [...] La parte demandante no acreditó el daño reclamado. En la demanda planteó que los agentes golpearon de forma <<brutal y violenta>> a la víctima; sin embargo, no se demostró que la víctima presentara lesiones múltiples y/o fracturas derivadas de la supuesta golpiza. La historia clínica solamente señala que la víctima sufrió <<una>> lesión en la frente que le generó trauma craneoencefálico. Para la Sala, la hipótesis más verosímil de la lesión de la víctima es que se cayó mientras huía esposado con las manos atrás. No existe prueba directa ni indirecta que demuestre que los agentes golpearon a la víctima [...]. Ninguna de las declaraciones valoradas en el proceso permite concluir tal circunstancia: la víctima y un testigo hicieron una afirmación en ese sentido, pero se les resta valor probatorio a sus dichos por inverosímiles y contradictorios. [L]os otros testigos no observaron la supuesta golpiza y arriban a tal conclusión a partir de conjeturas.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de julio de 2021, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 05001-23-31-000-1997-03012-01\(45868\).](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CIUDADANO BAJO CUSTODIA DE LA POLICÍA NACIONAL / LESIONES PERSONALES / CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Tesis: “[L]a Sala evadió el problema jurídico central y más complejo de este caso. Considero que debió determinarse si la imposición de las esposas [...] se enmarcó o constituyó una detención, y si, en consecuencia, estuvo bajo la custodia de la policía desde ese momento. Resolver esa cuestión era esencial para definir el régimen de obligaciones de la Policía respecto de la integridad y vida del [demandante]. Considero que, con la limitación de su libertad mediante la imposición de las esposas, [el demandante] fue sujeto de un acto de poder que restringió su libertad, y podía estar en situación de detención. De la jurisprudencia de la Corte Interamericana entiendo que desde el momento mismo en que un ciudadano es detenido o aprehendido, el Estado lo tiene bajo custodia. Se activa, en consecuencia, un dispositivo jurídico de protección reforzada de sus derechos, para evitar el abuso de la fuerza y prevenir la barbarie que ha degradado el ejercicio de las funciones estatales de seguridad. Ese dispositivo jurídico no es exclusivo de casos de abuso de la fuerza, sino que opera de manera preventiva siempre que haya una persona detenida. [...] Me alejo de cualquier propuesta de regímenes de responsabilidad automática, descartados también por la Corte Interamericana. Resalto, en cambio algunas similitudes de entre la construcción conceptual de la responsabilidad presunta que ha hecho la Corte para estos casos, y la del título de imputación objetivo de responsabilidad del Estado. En ambos regímenes, el Estado tiene la obligación de resultado de garantizar la vida y la integridad de las personas detenidas porque están bajo su custodia. Si una de ellas resulta muerta o herida, debe responder por los daños a menos que pruebe la ocurrencia de un eximente de responsabilidad. Estoy convencido de la necesidad de reconocer y alimentar las sinergias entre narrativas jurídicas del sistema regional y el doméstico. Me parece urgente la renuncia a la compartimentación del derecho, no solo porque es contraevidente, sino porque impide el dinamismo de la justicia y la condena a los tiempos de la auto referencia, en épocas de producción global y colectiva de conocimiento.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de julio de 2021, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 05001-23-31-000-1997-03012-01\(45868\).](#)

Salvamento de voto del consejero (e) Alexander Jojoa Bolaños

RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECIÓN / CIUDADANO BAJO CUSTODIA DE LA POLICÍA NACIONAL / LESIONES PERSONALES / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

Tesis: “[E]stimo que se configuró en este caso una falla del servicio por el incumplimiento del deber de custodia, vigilancia y cuidado asignado al cuerpo policial, cuya ratio y fundamento se encuentra en la Constitución y en la ley. Dicho deber implica, entre otras cosas, evitar que las personas detenidas (o presas) sufran algún daño; todo lo cual surge de la relación de especial sujeción que se establece respecto de esas personas privadas de la libertad. [...] Ahora bien, junto con la falla de la administración, considero que concurrió en este caso la culpa de la víctima; razón por la cual, una vez establecida la responsabilidad de la primera, debió procederse a una reducción de la cuantía de la indemnización, en virtud de la participación causal de la víctima en la producción de su propio daño (por el hecho de haber emprendido la fuga).”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de julio de 2021, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 05001-23-31-000-1997-03012-01\(45868\).](#)

2. La Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales cuando una de las partes es un patrimonio autónomo constituido por entidades estatales.

Síntesis del caso: *La Unión Temporal Aguas de Valledupar y el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica -FINDETER-, administrado por Fiduciaria Bogotá S. A., celebraron un contrato de obra para la construcción del colector oriental de aguas servidas en el municipio de Valledupar. Posteriormente, la Unión Temporal presentó demanda arbitral en contra del Patrimonio Autónomo con*

el objeto de que se le declarara responsable por incumplimiento del contrato y se le condenara a pagar los perjuicios correspondientes. El proceso fue resuelto mediante laudo arbitral en el que se negaron en su totalidad las súplicas de la demanda.

COMPETENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO / DETERMINACIÓN DE COMPETENCIA / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / ÚNICA INSTANCIA / CONTRATO ESTATAL / PATRIMONIO AUTÓNOMO / INEXISTENCIA DE LA PERSONERÍA JURÍDICA / FINDETER / FUNCIONES DEL FINDETER / NATURALEZA JURÍDICA DE FINDETER / RECURSOS PÚBLICOS

Problema Jurídico: *¿Es competente la Sección Tercera del Consejo de Estado para conocer del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales cuando una de las partes es un patrimonio autónomo constituido por entidades estatales?*

Tesis: “La Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia de los recursos de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, de conformidad con lo establecido en el numeral 7º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012. [...] [R]esulta claro que en el presente asunto, siendo el patrimonio autónomo un conjunto de derechos y obligaciones sin personería jurídica, para efectos de determinar si en el sub-judice nos encontramos en presencia de un contrato estatal y habida cuenta de que el patrimonio autónomo carece de personería jurídica, es menester tener en cuenta el origen público de los recursos que constituyen la universalidad jurídica denominada FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER -los cuales, como se ha visto, provienen de la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y son objeto, ciertamente, de control fiscal- así como su destinación, que en el presente caso consistió en la construcción del colector oriental de aguas servidas de la ciudad de Valledupar, circunstancias que permiten colegir que los efectos del contrato de obra celebrado con la Unión Temporal demandante se radican en cabeza de las entidades públicas que celebraron el Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero que dio origen al referido contrato de obra, es decir, la Nación- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Financiera de Desarrollo Territorial S.A. - FINDETER y municipio de Valledupar, punto en relación con el cual no puede dejar de advertirse la indudable relación de interdependencia existente entre el citado Convenio Interadministrativo, el contrato de “Prestación del servicio de asistencia técnica y administración de recursos para la contratación de las obras e interventorías, correspondientes a proyectos de agua y saneamiento básico” celebrado entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y FINDETER, el contrato de fiducia de administración y pagos celebrado entre FINDETER y Fiduciaria Bogotá S.A. con el objeto de transferir a título de fiducia mercantil los recursos provenientes de convenios suscritos por FINDETER con entidades del sector central y el contrato de obra No. PAF-ATF-031-2012 del 15 de marzo de 2013, suscrito con la Unión Temporal Aguas de Valledupar. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que la Sección Tercera de esta Corporación es competente en única instancia para conocer del recurso extraordinario de anulación formulado por la Unión Temporal Aguas de Valledupar en contra del laudo arbitral proferido el 5 de abril de 2019, de conformidad con el numeral 7º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 [...]”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza y características del recurso extraordinario de anulación contra laudo arbitral, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de enero de 2019, rad. 62476, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; sentencia de 23 de abril de 2018, rad. 59731, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; sentencia de 19 de julio de 2017, rad. 59067, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; sentencia de 31 de agosto de 2015, rad. 53585, C. P. Olga Mérida Valle de De la Hoz; sentencia de 9 de abril de 2018, rad. 59270, C. P. Guillermo Sánchez Luque.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de diciembre de 2020, C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-26-000-2019-00091-00\(64129\).](#)

Salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

COMPETENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO / RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / PATRIMONIO AUTÓNOMO / FINDETER / RECURSOS PÚBLICOS

Tesis: “En el proceso arbitral, el contrato que dio origen al litigio fue suscrito por la Fiduciaria de Bogotá, con cargo a los recursos del patrimonio autónomo creado por FINDETER y varias entidades territoriales. Ese

patrimonio autónomo, dada su capacidad procesal, fue parte en el proceso arbitral y comparecencia se realizó a través de esa sociedad fiduciaria. De manera que: (i) en el proceso no intervino una entidad pública, pues la parte fue el patrimonio autónomo representado por una sociedad fiduciaria de naturaleza privada; (ii) el contrato de obra tampoco fue suscrito por una entidad pública, pues se hizo con cargo a los bienes cuya propiedad transfirieron las entidades que constituyeron el patrimonio autónomo y los actos de representación contractual los realizó una fiducia privada y (iii) en el proceso tampoco intervino una persona que desempeñara funciones públicas, pues el patrimonio autónomo, parte del proceso, no tiene asignadas funciones de esta naturaleza. El hecho de que el patrimonio autónomo se haya formado con recursos públicos no es un presupuesto legal de competencia para conocer del recurso de anulación. Como no se dan los presupuestos de los artículos 149 CPACA y 46 de la Ley 1563 de 2012, la Sala no era competente para conocer del recurso extraordinario de anulación.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de diciembre de 2020, C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-26-000-2019-00091-00\(64129\).](#)

3. Muerte del caballo “Asombro” genera declaratoria de responsabilidad por riesgo excepcional al Municipio de Suesca

Síntesis del caso: *El 17 de marzo de 2002, el caballo “Asombro”, propiedad de J.R.R.B., murió al hacer contacto con un cable de energía eléctrica en la plaza de toros “La Macarena” del municipio de Suesca, Cundinamarca.*

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CONDUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – Por conducción de energía eléctrica / RIESGO EXCEPCIONAL / RESPONSABILIDAD OBJETIVA / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO / DAÑO ANTIJURÍDICO – Imputable al Estado / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / FALLA EN EL SERVICIO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – Como la ocurrencia de una causa extraña / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO / FUERZA MAYOR

Problema Jurídico: *Corresponde a la Sala determinar: ¿si los daños causados por la muerte de un caballo al hacer contacto con un cable de energía durante una corrida de toros en el municipio de Suesca, Cundinamarca, son imputables a la entidad demandada?*

Tesis: El daño está demostrado porque el caballo “Asombro” murió el 17 de marzo de 2002. (...) La Sala ha estudiado la responsabilidad civil del Estado por la conducción de la energía eléctrica conforme al título de imputación del riesgo excepcional. A su juicio, como esta actividad tiene como presupuesto la utilización de un elemento peligroso -la energía eléctrica- que, aunque reporta un indiscutible beneficio para la comunidad, implica un riesgo que, de concretarse, lleva a que se declare la responsabilidad estatal, si se prueba la existencia del daño y la relación de causalidad jurídica entre este y el hecho de la Administración, realizado en desarrollo de esa actividad peligrosa -régimen objetivo de responsabilidad-. Según la jurisprudencia, en este evento solo se exonera de responsabilidad al demandado si acredita la ocurrencia de una causa extraña, esto es, la fuerza mayor o el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima. (...) Ello no descarta que, si se cumplen los presupuestos de la falla del servicio -título de imputación por excelencia-, porque se encuentra probada una omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio, acompañada del daño que sufre un particular y la relación de causalidad entre la falta o falla de la Administración y el daño, aún en un accidente por conducción de electricidad, debe acudir al régimen subjetivo y, con base en este, declarar la responsabilidad civil del Estado. (...) Está probado, entonces, que la descarga que electrocutó al caballo “Asombro” provino del cable que atravesaba la estructura metálica donde estaban amarrados los caballos y que J.A.S.T. instaló ese cable -el mismo día del evento- para el equipo de sonido. También se acreditó que después de la electrocución, la Secretaria de Gobierno del municipio de Suesca ordenó a J.A.S.T. cortar ese cable. Como el cableado de energía instalado por el municipio causó el daño alegado, se configuró una falla en el servicio. (...) Codensa -empresa encargada de suministrar el servicio de energía en el municipio para la época de los hechos- no fue demandada en el proceso, pero se probó que solo intervino en la instalación de los postes de energía para alumbrar la plaza, los cuales no mediaron en la concreción del daño. En consecuencia, la

muerte del caballo "Asombro" es imputable al municipio de Suesca y, por ello, se modificará la sentencia apelada.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de febrero de 2020, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación 25000-23-26-000-2004-00524-01\(34750\)](#)

4. No constituye daño antijurídico la subasta de bienes inmuebles para garantizar el pago de deudas de terceros

Síntesis del caso: *[El demandante] fue vinculado a un proceso ejecutivo hipotecario, en condición de tercero adquirente del inmueble sobre el que recaía la garantía real. El acreedor sustentó la pretensión de pago en la escritura pública de constitución de hipoteca y en pagarés provenientes del deudor, persona que no fue demandada. El Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción de prescripción de la acción cambiaria derivada de los pagarés, propuesta por el tercero adquirente, levantó las medidas cautelares sobre el inmueble hipotecado y negó las pretensiones de la demanda. El Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión y, en su lugar, decretó la venta en pública subasta del bien hipotecado, providencia que el demandante considera constitutiva de error jurisdiccional.*

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ERROR JURISDICCIONAL - Ejecutivo hipotecario contra tercero adquirente / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ERROR JURISDICCIONAL - A partir del día siguiente al que cobra ejecutoria la providencia a la que se le atribuye el yerro, salvo en los casos en que afecta a un tercero ajeno al trámite judicial, puesto que, en tal evento, el menoscabo puede conocerse tiempo después de la firmeza de la decisión / PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / REQUISITOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / ERROR JURISDICCIONAL - Consecuencias de la orden judicial de venta en pública subasta / HIPOTECA DE INMUEBLE - En los eventos en los que el propietario del inmueble hipotecado sea un tercero adquirente, el acreedor puede ejercer la acción ejecutiva únicamente contra el actual dueño del bien, sin necesidad de vincular al deudor de la obligación cuyo cumplimiento persigue, excepto en los casos en que el tercero haya adquirido el bien en pública subasta / ACCIÓN REAL HIPOTECARIA – Procedencia / PROCESO EJECUTIVO CON GARANTÍA REAL – Presupuestos de la exigibilidad de la obligación con cargo a la garantía real, dirigida en contra del tercer adquirente o quien era propietario del bien en ese momento / ERROR JURISDICCIONAL – No configurado / DAÑO ANTIJURÍDICO – No probado

Problema Jurídico: *De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala procede a establecer si la afectación patrimonial que dijo haber sufrido con motivo de la providencia expedida en un proceso ejecutivo hipotecario, que ordenó la venta en pública subasta de un inmueble de propiedad del demandante para con su producto pagar una obligación a cargo del anterior dueño, constituyó un daño cierto, que no estaba en el deber de soportar. Si la respuesta es afirmativa, la Sala procederá a examinar los presupuestos de procedibilidad del error jurisdiccional previstos en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia -en adelante LEAJ- y, de ser viable, realizará el análisis de la providencia acusada de yerro para determinar si el daño patrimonial alegado es imputable a la Nación, Rama Judicial.*

Tesis: *[L]a Sala concluye que la decisión judicial reprochada, si bien derivó en el egreso del inmueble dado en garantía real y propiedad de un tercero, dicho egreso no fue antijurídico habida cuenta de que este último compró el inmueble a pesar de que la hipoteca que aparecía inscrita en el folio de matrícula se encontraba vigente, razón por la que esa garantía le era exigible y oponible, es decir, que el demandante al adquirir el bien era consciente de que este constituía garantía de pago de una obligación ajena, y, por consiguiente, debía asumir las consecuencias de la ejecución del gravamen hipotecario, más aún, que por disposición del artículo 2453 del Código Civil no tenía "derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados". Además, porque la circunstancia de sobrellevar el proceso ejecutivo hipotecario es una carga que deriva directamente de la ley, pues, el artículo 2452 ibidem habilita al acreedor ejercer la acción real en contra del propietario actual del inmueble objeto de garantía, a pesar de no tener la condición de deudor principal. En ese sentido, de haber acreditado el padecimiento de un daño por desposesión del inmueble de su propiedad, este no sería antijurídico, pues estaba en el deber jurídico de soportarlo. Por las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.*

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 5 de marzo de 2021, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 25000-23-36-000-2013-00639-01\(51780\)](#)

5. Por favorecimiento a Concesión Autopista Bogotá Girardot S. A se confirma nulidad absoluta del contrato de la Vía Bogotá Girardot

Síntesis del caso: *La presente controversia gira en torno a la nulidad del acto de adjudicación de la licitación pública INCO-001-2003, adelantada por el Instituto Nacional de Concesiones INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura ANI) para escoger el oferente que habría de realizar el diseño, construcción, operación y mantenimiento del proyecto vial Bosa – Bogotá – Girardot, a la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. y a la nulidad del contrato de concesión No. GG-040 2004 celebrado como producto del procedimiento de selección. Se sostiene que en el procedimiento de selección se vulneró el principio de igualdad y el deber de selección objetiva, entre otros, por cuanto el INCO brindó un trato discriminatorio y parcializado a la propuesta del consorcio Vial del Sumapaz, al desplegar múltiples actuaciones injustificadas, impulsadas con el inequívoco propósito de desvirtuar la experiencia de su asistente técnico, sociedad Obresca C.A., en la construcción del túnel Mocotíes, gestiones al término de las cuales la entidad decidió, con base en razones alejadas a la realidad y a las exigencias del pliego, que no reunía la condición de “aceptable”. Indicó que lo contrario ocurrió en el caso de la propuesta presentada por la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., evento en el que el INCO mostró una flexibilidad extrema en la valoración de los documentos aportados para demostrar la experiencia de su asistente técnico Condux S.A. de C.V. en la construcción del túnel hidráulico de conducción del proyecto de Zimapán, a pesar de que su contenido demostraba que no cumplía con los requerimientos previstos por el documento precontractual y, no obstante ello, este proponente resultó favorecido con la adjudicación.*

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN – Por falsa motivación / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA / PRINCIPIO DE IGUALDAD – Presupuestos en los procedimientos de selección de contratistas / PRINCIPIO DE IGUALDAD PRECONTRACTUAL – Hay vulneración al principio cuando se da un trato discriminatorio frente a las reglas del pliego de condiciones / FACULTAD DE RECHAZO DE LA OFERTA PRESENTADA A LA ADMINISTRACIÓN / CAUSALES DE RECHAZO DE LA OFERTA PRESENTADA A LA ADMINISTRACIÓN – Cuando hay inexactitud en la información que recae sobre información relevante para decidir sobre la adjudicación del contrato / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD – Configurada / DESVIACIÓN DE PODER – No configurada / FALSA MOTIVACIÓN - Configurada

Problema Jurídico: *¿Se configuró nulidad el acto de adjudicación denominado Resolución No. 633 de 28 de junio de 2003 y consecuentemente la nulidad absoluta del contrato de concesión No. GG-040-2004 al vulnerarse el principio de igualdad y el deber de selección objetiva?*

Tesis: La vulneración del principio de igualdad expuesta como base principal para declarar la nulidad de la Resolución de adjudicación No. 633 del 28 de junio de 2003, en criterio del tribunal de primera instancia, se materializó cuando el INCO desplegó una serie de gestiones tendientes a desvirtuar la experiencia acreditada por el asistente Obresca C.A. en la construcción del túnel Mocotíes, sin mostrar el mismo rigor en la verificación de la experiencia presentada por el asistente técnico de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., respecto de la cual no adelantó mayores labores de averiguación. (...) La jurisprudencia de esta Corporación ha reflexionado sobre el principio de igualdad en el escenario de los procedimientos de selección de contratistas del Estado y al respecto ha estimado que su materialización se concreta en que todas las propuestas, tanto para su admisión, evaluación y ponderación como para su rechazo, son apreciadas y valoradas con estricto apego a las reglas contenidas en el pliego de condiciones que rigen la convocatoria, en cuanto resulten válidas y eficaces por consultar las normas y principios que orientan la actividad contractual del Estado. En relación con la observancia del principio de igualdad durante el procedimiento de selección por parte de la entidad precontractante, esta Sección ha precisado que está llamado a materializarse en varias situaciones, tales como: “vi) En el deber de la entidad estatal contratante de evaluar las propuestas con estricta sujeción a los parámetros de ponderación establecidos legal y libremente en el pliego de condiciones del correspondiente procedimiento administrativo de selección contractual, sin que le sea dable valorar con mayor

rigor o severidad a determinadas propuestas y ser laxa o permisiva con otras". La Corte Constitucional ha sostenido la inviabilidad de alegar la vulneración del principio de igualdad en el plano de la ilegalidad, supuesto que se habría de presentar cuando se pretenden desconocer las reglas del pliego de condiciones, so pretexto de que, para no transgredir la igualdad, debe darse el mismo trato brindado a otro proponente, al margen de que en este último caso tampoco se hubieran respetado las normas precontractuales. Así pues, aplicando todo lo anterior al sub lite, es preciso señalar que, si bien en el marco de la licitación pública génesis de la controversia se evidencia una transgresión a la igualdad, se observa que el a quo concibió su vulneración desde un ángulo inverso al bien jurídico amparado por el ordenamiento. Sobre este punto, se anota que, no obstante hallarse acreditado que existió un tratamiento disímil para las dos propuestas analizadas en cuanto a la verificación de la experiencia en la construcción de túneles de los asistentes técnicos presentados, la Sala considera que ciertamente el trato dispensado a la oferta del consorcio Vial del Sumapaz era el que a la luz del pliego de condiciones debía brindarse. Emerge con claridad que, ante las inexactitudes halladas en la propuesta, el documento precontractual establecía expresamente en su numeral 4.1.3 que el INCO se reservaba el derecho a verificar la información aportada por los proponentes y de rechazar las propuestas en las cuales se incluyera información falsa. (...) Así, con arreglo a las previsiones del pliego de condiciones, no puede perderse de vista que el respeto al principio de igualdad consistía en que, en caso de existir inexactitudes o información confusa en las propuestas, todas aquellas que adolecieran de esas falencias recibirían el mismo tratamiento, que estribaría en ser objeto de los requerimientos e indagaciones necesarios para aclarar o despejar las dudas que recayeran sobre sus ofrecimientos. En caso de no superarse, las ofertas debían ser rechazadas, siempre que las inexactitudes halladas recayeran sobre información relevante para decidir sobre la adjudicación, como en efecto acontecía en la acreditación de la experiencia en la construcción de túneles, requisito habilitante sin cuya demostración la oferta no podría considerarse aceptable. No resultaba admisible, a diferencia de lo advertido por el a quo, que al no haber desplegado el INCO mayores gestiones de averiguación en torno a la acreditación de la experiencia en construcción de túneles del asistente técnico de la promesa de sociedad futura Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A., la entidad debiera entonces observar la misma pasividad frente a la demostración de la experiencia en la construcción de túneles por parte de Obresca C.A., asistente técnico del consorcio Vial del Sumapaz, a pesar de que en ambos casos se hubieran evidenciado inexactitudes insuperables que indicaban que ninguna de las dos tenían vocación de elegibilidad. En otras palabras, ambas propuestas debieron recibir el mismo trato y asumir las mismas consecuencias que el pliego de condiciones había previsto para la inobservancia de sus exigencias. (...) En el ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, el Tribunal declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión No. GG-040 de 2004 celebrado entre el INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y la sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot con fundamento en la causal contenida en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, decisión que habrá de ser confirmada, tras verificarse la nulidad del acto que le sirvió de sustento. NOTA DE RELATORÍA: Sobre el principio de igualdad en el escenario de los procedimientos de selección de contratistas del Estado, cita Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 24845, sentencia de 14 de marzo de 2013, exp. 24059 y Corte Constitucional, sentencia T-507122 de 2002.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 04 de junio de 2021, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 25000-23-26-000-2004-01631-01\(64908\).](#)

6. El Instituto de Desarrollo Urbano fue condenado a pagar los perjuicios que causó a un contratista, con la declaratoria de la caducidad del contrato para la rehabilitación de vías de Bogotá, que fue anulada, sin embargo, el IDU sí podía imponer multas al contratista y declarar el siniestro de incumplimiento mediante resolución motivada.

Síntesis del caso: "La controversia versa sobre un contrato de obra, cuyo objeto era la evaluación y rehabilitación de distintas vías en la ciudad de Bogotá D.C. En la ejecución del contrato, las partes se imputaron mutuamente incumplimientos. El contratista adujo que la entidad pública no pagó el valor del AIU en las actas mensuales de obra y que incurrió en mora en el pago de 2 de ellas. Adicionalmente, afirmó que hubo un cambio drástico en el alcance de las intervenciones constructivas que alteró el equilibrio financiero del contrato. La entidad pública, por su parte, consideró que no hubo tales incumplimientos y que los retrasos que se presentaron en la confección de la obra eran imputables exclusivamente al contratista; por esa razón, le impuso una multa y, posteriormente, declaró la

caducidad del contrato y la ocurrencia de los siniestros cubiertos por los amparos de cumplimiento y correcto manejo del anticipo.”

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / TEORÍA DEL ACTO PROPIO / PRINCIPIO QUE PROHÍBE IR CONTRA LOS ACTOS PROPIOS / PRINCIPIO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET / PRINCIPIO DE RESPETO DEL ACTO PROPIO / ACTO PROPIO / SANCIÓN POR ACTO PROPIO / REGLAS DE CONTRATACIÓN ESTATAL / ACUERDO DE PRECIOS / PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS / CONTRATO ESTATAL A PRECIOS UNITARIOS / PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO AL CONTRATISTA / PAGO INDEBIDO / PAGO DE LO NO DEBIDO / CONFIGURACIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO / COMPENSACIÓN DEL PAGO DE LO NO DEBIDO / REINTEGRO DEL PAGO DE LO NO DEBIDO / INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Problema Jurídico 1: *¿Podía el contratista – Unión Temporal, sin ir contra el principio de respeto de los actos propios, alegar que la entidad contratante- IDU, debía pagar el AIU, en adición al valor resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios ofertados, cuando desde los pliegos y en el contrato quedó claro que ese componente debía ser considerado por el proponente a la hora de calcular tales precios y que era con base en éstos que se remunerarían las labores que se comprometió a ejecutar?*

Tesis 1: “Como ha dicho la jurisprudencia, el principio de respeto por los actos propios, que tiene un carácter subsidiario, cede en aquellos casos en que el comportamiento aparentemente contradictorio obedece a la intención razonable de adecuar la conducta a las reglas del contrato. Si así no fuera, la acción para repetir un pago hecho por error no existiría (CC., art. 2313) y el principio se llevaría al extremo de obligar al interesado a agravar su situación patrimonial, no obstante, su propósito de corregir. (...) [S]egún lo establecido en la cláusula (...) del contrato y en el pliego de condiciones, el IDU no se obligó a pagar el AIU en adición al valor resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios ofertados. Desde la etapa precontractual e, incluso, al momento de celebración del contrato, era claro que ese componente debía ser considerado por el proponente a la hora de calcular tales precios y que era con base en éstos que se remunerarían las labores que se comprometió a ejecutar. En esas condiciones, entender lo contrario supondría realizar un doble pago por un mismo concepto; además, implicaría entender modificado ese elemento del contrato sin que hubiere mediado un acuerdo escrito, cuya existencia no se alegó ni se probó en el proceso. Por lo tanto, los descuentos que se realizaron en el acta (...) por el AIU pagado en las actas (...) no representaron un incumplimiento: significaron, más bien, una forma de evitar que se siguiera pagando más de lo debido. (...) En resumen, a diferencia de lo sostenido por la apelante, el IDU no tenía la obligación de pagar el AIU en adición al producto de multiplicar las cantidades informadas en las actas por los precios unitarios ofertados. Por ende, como concluyó el Tribunal, la entidad no incumplió el contrato al descontar en el acta (...) el AIU pagado en las actas (...) al no pagar por separado o, si se quiere, doblemente, el AIU (...).”

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la excepción a la aplicación del principio de respeto por los actos propios, consultar providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 24 de enero de 2011, Exp. 2001-00457-01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Sobre el análisis de precios unitarios, consultar providencia de 29 de febrero de 2012, Exp. 16371, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA ADOPTAR DECISIONES CONTRACTUALES / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / APLICACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL / CAMBIO DE JURISPRUDENCIA / APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA JURISPRUDENCIA / DERECHO A LA DEFENSA / EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA / INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Problema Jurídico 2: *¿Cuándo una resolución que impuso multa al contratista fue expedida con fundamento en una tesis jurisprudencial abandonada 5 años después de la expedición del acto impugnado, puede el juez aplicar, de forma retroactiva, la rectificación jurisprudencial sin violar el principio de seguridad jurídica?*

Tesis 2: "El IDU manifestó su inconformidad con la decisión del Tribunal de anular la Resolución (...) mediante la cual se impuso una multa a la Unión Temporal (...). El reparo consiste en que el a quo basó su decisión en un cambio jurisprudencial que tuvo lugar (...). El (...) argumento en que se basa la impugnación es atendible. Efectivamente, el Tribunal fundamentó su decisión en una sentencia (...) que abandonó la tesis vigente en el momento en que se expidió el acto administrativo, según la cual la Ley 80 de 1993 atribuyó a las entidades públicas competencia para imponer multas unilateralmente. Esa aplicación retroactiva del cambio jurisprudencial no está justificada en este caso por las razones que se pasan a explicar. La Sección Tercera del Consejo de Estado no tiene una postura unificada sobre la aplicación temporal de los cambios del precedente judicial, aunque en algunas decisiones recientes se ha sostenido que estos deben operar hacia futuro. Para fundamentar esta tesis, se aduce que las buenas razones que impulsan el progreso de la jurisprudencia no justifican el sacrificio de los derechos de quienes obraron en el pasado movidos por lo que mandaba el antiguo precedente. Inclusive, en las providencias en las que se ha sostenido que las rectificaciones deben operar de forma inmediata para evitar que la congestión judicial comprometa su eficacia, se admiten hipótesis de aplicación prospectiva, basadas en las condiciones específicas de cada caso. Por ejemplo, cuando la competencia estatal se ejerció con base en un criterio jurisprudencial pacífico y la entidad basó su defensa en ese precedente, tal como ocurrió en este caso. (...) Dadas esas circunstancias, se considera que el principio de seguridad jurídica tiene un mayor peso específico que la facultad que tienen los jueces de rectificar su jurisprudencia. (...) En este caso, la Resolución (...) fue expedida con fundamento en la tesis jurisprudencial vigente en esa fecha, la cual fue abandonada 5 años después de la expedición del acto impugnado. Además, al contestar la demanda, lo cual ocurrió antes del cambio de precedente, el IDU basó su defensa en la interpretación del Consejo de Estado, según la cual la Ley 80 de 1993 atribuyó la competencia de imponer multas unilateralmente. En este sentido, como manifestó la apelante, no debió aplicarse retroactivamente la rectificación jurisprudencial que tuvo lugar (...)."

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la aplicación de los cambios jurisprudenciales, consultar providencia de 25 de septiembre de 2017, Exp. 50892, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sobre la facultad de las entidades estatales para imponer multas unilateralmente, consultar providencias de 4 de junio de 1998, Exp. 13988, C.P. Ricardo Hoyos Duque; de 20 de junio de 2002, Exp. 19488, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CAPACIDAD CONTRACTUAL / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PENA PECUNIARIA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ESTATAL / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema Jurídico 3: *¿una cláusula del contrato estatal que, faculta a la entidad estatal, de forma unilateral, para imponer multas al contratista, entraña una exorbitancia y tiene problemas de validez, cuando fue fruto de un acuerdo lícito entre las dos partes?*

Tesis 3: [E]l IDU (...) alegó que, más allá de que se considere que su facultad para imponer multas estaba contenida en la Ley 80 de 1993 o en el artículo 64 del CCA, lo cierto que las partes expresamente convinieron en ello. (...) Esta cláusula no es excepcional al derecho común y es perfectamente válida. No es excepcional, porque no está consagrada en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y, además, porque no es extraña a los negocios civiles y mercantiles: el artículo 1594 del Código Civil autoriza que se pacte el pago de un (sic) pena por el mero retardo, con el objeto de apremiar al deudor y no como un mecanismo de tasación anticipada de los perjuicios. La cláusula es válida, pues está autorizada por la ley y no tiene causa u objeto ilícito. (...) A juicio de la Sala, el ejercicio de esta facultad unilateral (i) no entraña ninguna exorbitancia administrativa y (ii) tampoco presenta problemas de validez. Lo primero, porque la unilateralidad no es sinónimo de exorbitancia. En efecto, el Código Civil y el Código de Comercio autorizan en varios supuestos el ejercicio de facultades unilaterales por los particulares. (...) Lo segundo, porque la concesión de la facultad unilateral de imposición de multas es fruto de un acuerdo lícito entre las dos partes. Si bien es cierto que, por regla general, una parte no puede ver modificada su situación jurídica sin su consentimiento y por la sola voluntad de la otra, la adopción de decisiones unilaterales es válida si se produce en virtud de la anuencia previa de los contratantes. En este sentido, ante la ausencia de una prohibición normativa expresa, la Corte Suprema de Justicia ha concluido que las cláusulas en las que se le concede a una parte la facultad unilateral de terminar el contrato son válidas. Análogamente, en las disposiciones civiles y comerciales, no hay ninguna disposición que prohíba al acreedor perjudicado por el incumplimiento hacer efectiva unilateralmente la multa mediante descuentos a los saldos a favor del deudor, si esta atribución tiene su origen en el acuerdo de voluntades. Esto no implica, claro está, que la parte que ejerza esta facultad tenga un margen de apreciación ilimitado respecto del cumplimiento del

contrato, pues, para adelantar ese juicio, debe ceñirse a las condiciones pactadas en cuanto a las obligaciones cuya inejecución da lugar a la imposición de la multa, los criterios para calificar la gravedad del incumplimiento, los parámetros para cuantificar su valor, el procedimiento que debe surtir para el efecto, etc. Además, el deudor tendrá el derecho de discutir ex post en sede judicial la procedencia de la multa y la responsabilidad del acreedor que la hizo efectiva sin justificación o sin apego a las condiciones convenidas. De acuerdo con lo anterior, el IDU sí contaba con la facultad y la capacidad para imponer unilateralmente las multas, pues esa atribución se pactó en cláusulas que son válidas. Así, entonces, sea que se considere que el IDU, según los términos del contrato, tenía capacidad para imponer multas o que, según la tesis jurisprudencial vigente en la fecha de expedición de la Resolución (...), tenía competencia legal para imponerlas unilateralmente, es forzoso concluir que la decisión del Tribunal que desdice de ello debe revocarse.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las distintas funciones que puede cumplir la pena pecuniaria, véase: Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de febrero de 2018. Exp. SC170-2018. M.P. Margarita Cabello Blanco. Acerca de la facultad de las partes para pactar cláusulas para imponer multas unilateralmente, consultar providencia de 20 de octubre de 2005. Exp. 14579, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. En relación con la unilateralidad contractual, consultar providencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 30 de agosto de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas; de 29 de julio de 2005. Exp. 1993 - 20302, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA ADOPTAR DECISIONES CONTRACTUALES / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL / CONTRATO DE SEGURO / CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO ADMINISTRATIVO / AUTO QUE ORDENA LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CAPACIDAD CONTRACTUAL / ASEGURADO / RECLAMACIÓN DEL ASEGURADO / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / ESTIPULACIONES DEL CONTRATO DE SEGURO / PRINCIPIO DEL EFECTO ÚTIL DE LAS NORMAS / BUENA FE CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Problema Jurídico 4: *¿Resulta nulo un artículo mediante el cual la entidad estatal – IDU, ordenó hacer efectiva la multa contra los saldos a favor del contratista o con cargo a la garantía única de cumplimiento, por falta de competencia de la entidad para declarar, de forma unilateral, la ocurrencia del siniestro, cuando la Aseguradora le concedió a la entidad la facultad de exigir el pago de esta manera, en virtud de las condiciones generales de la póliza?*

Tesis 4: “La Aseguradora, por otra parte, planteó que el artículo 2º de la Resolución (...) –en el cual se ordenó hacer efectiva la multa contra los saldos a favor del contratista o con cargo a la garantía única de cumplimiento– es nulo porque la entidad no era competente para declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro. (...) Como cualquier particular beneficiario de un seguro de daños, el IDU podía basar su decisión de exigir el pago del siniestro apoyado en las cláusulas del contrato de seguro. (...) La Sala no considera atendible este planteamiento, porque le niega efecto útil a las condiciones generales y lleva a una conclusión inadmisibles, a saber: la entidad no podía hacer efectiva la garantía si no expedía un acto administrativo, porque el contrato de seguro se lo exigía, pero tampoco podía expedir ese acto administrativo, pues la ley no le dio esa atribución. (...) La interpretación que mejor cuadra con la naturaleza del seguro y con los principios de efecto útil y de buena fe en la ejecución de los contratos es diferente: al margen de la calificación jurídica (acto administrativo) que la Aseguradora incluyó en las condiciones generales, ésta se comprometió a pagar al IDU el valor de la multa derivada del incumplimiento imputable a la Unión Temporal si, luego de controvertir su declaración inicial sobre la ocurrencia del riesgo y el monto de la pérdida, la entidad persistía en su reclamación. Este procedimiento convencional para hacer efectiva la garantía difiere del que se deduce de la lectura conjunta de los artículos 1077, 1080 y 1053 del Código de Comercio; sin embargo, no vulnera el orden público, pues, según el artículo 1162 del mismo código, ninguna de esas normas es inmodificable. Como se indicó antes, ante el incumplimiento imputable al tomador del seguro, que está probado en el expediente, el IDU impuso la multa, le notificó a la Aseguradora la ocurrencia del siniestro y estableció el valor por el que se haría efectivo el amparo. Esta decisión no es contraria a la ley ni al contrato, porque, (...) en virtud de las condiciones generales de la póliza, la Aseguradora le concedió a la entidad la facultad de exigir el pago de esta manera.”

DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / NULIDAD DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / REVOCATORIA DE LA DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN

DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO ADMINISTRATIVO / AUTO QUE ORDENA LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE SEGURO / RIESGO ASEGURABLE / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema Jurídico 5: *¿Al anularse la declaratoria de caducidad del contrato, carece de causa la resolución mediante la que, la entidad estatal, declara el siniestro de incumplimiento del contrato e incorrecto manejo del anticipo?*

Tesis 5: “Básicamente, lo que alega la parte recurrente es que, al haberse anulado la declaratoria de caducidad del contrato, la de ocurrencia de los siniestros de incumplimiento e incorrecto manejo del anticipo carecen de causa que los sustente. La Sala no encuentra de recibo este argumento por las razones que se explican a continuación. Es cierto que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la declaratoria de caducidad es “constitutiva” del siniestro de incumplimiento. Sin embargo, ello no supone que ante la ausencia de una declaración de esta naturaleza, la entidad afectada no pueda declarar, como cualquier asegurado, que el riesgo amparado se realizó, aunque, claro está, esa declaración, a diferencia de la de caducidad, no constituye el siniestro. Ahora bien, en este caso, encuentra la Sala que, pese a la nulidad de la declaratoria de caducidad del contrato –que impide que el siniestro se entienda constituido–, la declaración de ocurrencia de los riesgos amparados pervivió, pues la causa en la que se sustentó tal declaración no se desvirtuó. Al contrario, el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Unión Temporal fue un hecho aceptado por las demandantes. Otra cosa es que se hubiera pretendido justificar en los incumplimientos de la entidad contratante; sin embargo, no se demostró que el IDU hubiera desconocido sus obligaciones y que el contratista hubiere quedado en incapacidad de cumplir con las suyas. Por este motivo fue que la nulidad de la declaratoria de caducidad del contrato descansó, exclusivamente, en la falta de competencia temporal para hacer esa declaración. En línea con lo anterior, es necesario precisar que el riesgo que quedó cubierto por la póliza (...) fue, en términos generales, el de “incumplimiento”, no de forma exclusiva el de caducidad del contrato, pues la Aseguradora no se limitó a amparar el siniestro de incumplimiento que se constituyera a través de un acto administrativo de esa naturaleza. Así las cosas, dadas las condiciones particulares de este caso, no encuentra la Sala que, expulsada del mundo jurídico la declaración de caducidad del contrato, la de ocurrencia de los siniestros de incumplimiento y correcto manejo del anticipo hubieren quedado sin causa. Basta con recurrir al contenido de los actos en los que se hizo esa declaración para constatar que quedaron debidamente motivadas, en razón de los incumplimientos en los que incurrió la Unión Temporal contratista (...).”

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. De igual forma, consultar, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-31-03-003-2003-00660-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez y sentencia del 2 de febrero de 2015, exp. 11001 31 03 019 2009 00298 01, M.P. Margarita Cabello Blanco

LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO ESTATAL / INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INTERPRETACIÓN DEL JUEZ / INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO / INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN DE LAS PARTES / PRECIO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO ESTATAL A PRECIOS UNITARIOS / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS / PRECIO UNITARIO / NEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

Problema Jurídico 6: *¿la intención de las partes en el contrato esta más allá de lo pactado y a las cláusulas debe darseles el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, por ello, en la liquidación del contrato, del caso concreto, la intención de las partes fue determinar el valor final de las cantidades de obra ejecutadas con fundamento en los precios unitarios ofertados y no con los índices representativos?*

Tesis 6: “[E]n materia contractual el principio orientador es (...): “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Por las razones que se expresan a continuación, se comparte la conclusión a la que el Tribunal arribó en la sentencia recurrida: la intención que claramente persiguieron las partes –la cual discrepa del enunciado lingüístico que la expresó– fue pagar el 100% de las cantidades ejecutadas por los precios unitarios ofertados por la Unión Temporal. (...) Según el artículo 1621 del Código Civil, el juez debe estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. (...) Dice el artículo 1622 del Código Civil que el contrato debe interpretarse teniendo en cuenta la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra. La regla es

intuitiva: como los contratantes son los que mejor conocen lo que persiguieron al celebrar el negocio, la aplicación práctica que hagan de éste revela cuál fue su intención. (...) Las cláusulas de un contrato se deben interpretar unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. La aplicación de esta pauta también pone de relieve que la intención de las partes fue determinar el valor final de las cantidades de obra ejecutadas con fundamento en los precios unitarios ofertados y no con los índices representativos. (...) En conclusión, el reparo formulado contra la liquidación del contrato no es atendible: la intención de las partes fue determinar el valor final de las obras a partir de los precios unitarios ofertados por la Unión Temporal. El análisis sistemático del pliego de condiciones y del contrato demuestra que la función de los índices representativos era diferente: servir como criterio de evaluación de las ofertas presentadas en la licitación, mas no como factor multiplicador para pagar las cantidades realmente ejecutadas en desarrollo del proyecto.

”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, consultar, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de marzo de 2003, exp. C-6879, M.P. José Fernando Ramírez Gómez y sentencia del 18 de enero de 2007, exp. 11001-31-03-020-1999-00173-01, Así mismo, ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 30 de marzo de 2006, exp. 31385, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia del 21 de octubre de 2009, exp. 37243, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 27 de junio de 2012, exp. 40634, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

Aclaración de voto de la consejera María Adriana Marín

CONTRATACIÓN ESTATAL / APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / APLICACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL / CAMBIO DE JURISPRUDENCIA / APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA JURISPRUDENCIA / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CLÁUSULA EXORBITANTE DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULAS EXORBITANTES DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ESTATAL / CAPACIDAD CONTRACTUAL / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA ADOPTAR DECISIONES CONTRACTUALES / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL / ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTRACTUAL

Problema Jurídico 1: *¿la facultad de imponer multas de manera unilateral por parte de las entidades estatales, por medio de actos administrativos, debe estar atribuida por la ley, como la Ley 1150 de 2007 cuyos efectos son retrospectivos, y se trata de una facultad excepcional al régimen común?*

Tesis 1: “Si bien comparto lo resuelto en esta ocasión, con fundamento en la improcedencia de la aplicación retroactiva, a una decisión tomada con antelación, del cambio jurisprudencial producido en el año 2005 -cuando se hizo, por la Sección Tercera de esta Corporación, un nuevo estudio en el que se concluyó que las entidades carecían de competencia, a la luz de las disposiciones de la Ley 80 de 1993, para imponer unilateralmente las multas pactadas-, no ocurre lo mismo con las afirmaciones relacionadas con la facultad que tenía la entidad para imponerlas, con fundamento en la estipulación que de dicha facultad unilateral hicieron las partes en el contrato. (...) En relación con la exorbitancia que representa la imposición, por parte del contratante, de multas pactadas en un contrato, considero que la misma no proviene exclusivamente de la unilateralidad de la actuación, sino del hecho de que, al tratarse de una sanción procedente frente al incumplimiento contractual, al imponer la multa, la entidad, por sí y ante sí, es decir actuando como juez y parte, resuelve sobre el incumplimiento de su contratista y lo sanciona, facultad que, salvo norma expresa, en contrario, le corresponde desempeñar al juez del contrato. Al respecto se observa que, si bien el Código Civil -art. 1594, sobre cláusula penal- permite pactar el pago de una pena por el mero retardo, con el objeto de apremiar al deudor en los contratos, es decir, que autoriza estipular sanciones frente al incumplimiento o mora del contratista, en parte alguna consagra la facultad de imponerlas unilateralmente. En consecuencia, considero que, en el presente caso, si bien las partes podían pactar la cláusula de multas, la entidad no podía imponerlas unilateralmente ni deducirlas de lo debido al contratista. Al ser contratos celebrados por entidades públicas sujetas al Estatuto de Contratación Estatal, esas decisiones se toman a través de actos administrativos, y éstos sólo pueden producirse en ejercicio de facultades legalmente atribuidas a las entidades, y ese no es el caso de la imposición de las multas pactadas en el presente contrato. Efectivamente, la Ley 80 no contempló como facultad excepcional la imposición de multas a través de actos administrativos, por eso el legislador tuvo que reinstaurar esta prerrogativa a través de la Ley 1150 de 2007, aclarando sus efectos retrospectivos, para aquellos contratos en ejecución en los que se hubieran pactado las multas, autorizando su imposición posterior a la nueva ley. Dicho en otras palabras, tratándose de entidades estatales, su competencia viene dada por la ley y no por el acuerdo de las partes. Si una decisión implica el ejercicio de una facultad excepcional, como es la de imponer multas unilateralmente, la misma debe estar soportada en una competencia legalmente atribuida. (...) Por lo anterior, considero que, (...) en el ámbito de los contratos de las entidades estatales, la imposición unilateral de

multas sí es una facultad excepcional, que se ejerce a través de la expedición de actos administrativos, y, por lo tanto, debe existir la norma que le atribuya tal prerrogativa a la entidad contratante. Si esto no fuera así, sino, como se dice en la sentencia, que las partes con fundamento en las normas de derecho privado y la autonomía de la voluntad lo pueden acordar, no se explicaría la necesidad de que el legislador hubiera vuelto a consagrar expresamente esa facultad a favor de las entidades estatales.”

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CAPACIDAD CONTRACTUAL / CLÁUSULAS DEL CONTRATO ESTATAL / COMPETENCIA PARA IMPONER MULTAS UNILATERALMENTE / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PENA PECUNIARIA / CLÁUSULA EXCEPCIONAL DEL CONTRATO ESTATAL / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO / COMPENSACIÓN / PROCEDENCIA DE LA COMPENSACIÓN

Problema Jurídico 1: *¿la facultad de imponer multas de manera unilateral por parte de las entidades estatales, por medio de actos administrativos, debe estar atribuida por la ley, como la Ley 1150 de 2007 cuyos efectos son retrospectivos, y se trata de una facultad excepcional al régimen común?*

Tesis 1: “ En la sentencia objeto de aclaración, al revisar la nulidad de las resoluciones (...), por medio de las cuales el IDU impuso multa al contratista -demandante en este proceso- se concluye que la entidad estatal contratante tenía competencia para dictar esa decisión, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y en la jurisprudencia de esta Corporación vigente al tiempo en que se adoptó esa determinación, que orientaba a la posibilidad de que así se procediese por parte de las entidades estatales en el marco de un negocio jurídico celebrado bajo la regencia de esa normativa. En relación con el aparte que se cita, estimo conveniente precisar que, si bien es claro que existió pacto contractual en relación con la posibilidad de imponer y hacer efectiva unilateralmente la multa por parte de la entidad, lo cierto es que esa competencia no se derivaba de la Ley 80 de 1993, vigente al tiempo de la celebración y ejecución del contrato, para hacerla exigible a través de un acto administrativo con atributos de ejecutividad y ejecutoriedad, pues esa facultad vino a otorgarse con la Ley 1150 de 2007, aunque de manera retroactiva, para aquellos acuerdos en los que se hubieren incorporado la viabilidad de su ejercicio y el acto sería válido siempre que se hubiera expedido en vigencia de esta última legislación. No obstante lo anterior, acompañó la decisión que se adopta frente a ese aspecto, ya que: i) en el proceso se acreditó el incumplimiento del contratista; ii) debido a que el contratista se hallaba bajo el amparo de los beneficios que otorgaba la Ley 550 de 1999, no resultaba posible promover un proceso ejecutivo en su contra, por tanto, necesariamente debían compensarse las sanciones, de acuerdo con lo convenido en el contrato; iii) aun cuando en las providencias en las que he sido ponente no he aplicado la tesis de que la jurisprudencia vigente al tiempo en que se dicta el acto administrativo es la que debe seguirse para resolver el caso que se somete a consideración del juez, considero que es un criterio adecuado para guiar a la Administración, en virtud del principio de confianza legítima, cuando sea claro y se invoque, ya sea en el acto administrativo o en los argumentos de defensa de la entidad demandada..”

ACLARACIÓN DE VOTO / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA ADOPTAR DECISIONES CONTRACTUALES / COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MULTA / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO ADMINISTRATIVO / AUTO QUE ORDENA LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO / CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE SEGURO / ALCANCE DEL DEBIDO PROCESO / DERECHO AL DEBIDO PROCESO CONTRACTUAL / BUENA FE / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

Problema Jurídico 2: *¿Al anularse la declaratoria de caducidad del contrato, carece de causa la resolución mediante la que, la entidad estatal, declara el siniestro de incumplimiento del contrato e incorrecto manejo del anticipo?*

Tesis 2: “[A]claro mi voto en el punto referido a la competencia del IDU para declarar el siniestro, en cuanto, en mi criterio, a diferencia de lo decidido en el fallo, tal facultad no emana del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, norma de tipo procesal que no dotó a la entidad estatal contratante de potestad para constituir

el siniestro a través de acto administrativo. Resulta de relevancia precisar que tal decisión habría de tener un carácter declarativo mas no constitutivo del siniestro, pues esto último solo tendría génesis en el acto de declaratoria de caducidad del contrato en los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, decisión que finalmente se anuló en la sentencia, por lo que quedaría sin asiento jurídico el acto contentivo de la declaratoria del siniestro. Con todo, acompaño el sentido el fallo, por cuanto en el proceso se acreditó que el asegurado estuvo de acuerdo con el hecho de que el siniestro se declarara a través de acto administrativo, por lo que resultaría contrario a la buena fe que, a instancia de este proceso, se alegara algo distinto y se desconociera su anuencia para que así se procediese por parte del ente estatal contratante.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de marzo de \(2021\), C. P. José Roberto Sáchica Méndez radicación 25000-23-26-000-2001-00066-01\(39249\)](#)

7. Condenada la Policía Nacional por omisión de su deber de protección de ciudadana que, fue asesinada por sicarios en la ciudad de Cali y había denunciado ante las autoridades amenazas de muerte.

Síntesis del caso: “La señora (...), socia de la compañía (...) S.A., se encontraba amenazada de muerte por su relación comercial con dicha empresa y había denunciado esas circunstancias ante distintas autoridades. A pesar de lo anterior, a la referida señora no se le brindó el acompañamiento ni la protección que requirió y, el 23 de noviembre de 2008, fue asesinada por sicarios en la ciudad de Cali. Según la demanda, las entidades accionadas debían responder por su omisión en el deber de seguridad y protección.”

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / DEBERES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PROCESO PENAL / OBLIGACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / POSICIÓN DE GARANTE / HOMICIDIO / MUERTE DE CIVIL / MUERTE DE LA PERSONA / RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / POBLACIÓN CIVIL / AMENAZA / AMENAZA DE MUERTE / PROGRAMA DE PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS / PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA / PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS / PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN CIVIL / TESTIMONIO / MEDIDAS DE PROTECCIÓN / FALLA DEL SERVICIO / FALLA EN EL SERVICIO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / NEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

Problema Jurídico 1: *¿Incorre la Fiscalía General de la Nación en falla del servicio por omisión en el deber de protección, por la muerte de una ciudadana que denunció amenazas contra su vida, cuando solicitó en reiteradas oportunidades a la autoridad competente que brindara la protección?*

Tesis 1: “[E]s obligación de la Fiscalía General de la Nación velar por la protección de las víctimas, los testigos, los jurados y los demás intervinientes del proceso penal, siempre que se constate que, con ocasión del proceso penal en el que participan, se puso en riesgo su vida o su integridad.(...) En criterio de la Sala, le asiste razón a la Fiscalía General de la Nación cuando afirma que la muerte de la señora (...) no le es imputable, por cuanto no estaba dentro de sus competencias la de proteger civiles amenazados, a menos que dicha protección tuviera relación con el programa de protección a testigos a su cargo, lo cual no ocurrió. La anterior conclusión cobra mayor firmeza si se tiene en cuenta que solo son beneficiarios del programa de protección de la Fiscalía General de la Nación aquellas personas que por virtud de su intervención en un proceso penal deban ser protegidos y, en este caso, solo se sabe que la señora (...) interpuso una denuncia por el delito de (...) y ese único hecho no permite concluir que aquella debía ser protegida a la luz del programa. Además, se debe recordar que en este proceso se desconoce cuál fue el trámite que se le dio a dicha denuncia y, por ello, no se puede concluir que por ese hecho la víctima debía ser protegida por la Fiscalía. Considerar que la simple denuncia de un hecho delictivo garantiza el amparo del programa antes indicado resultaría desatinado y contrario a la finalidad del mismo, pues serían beneficiarias todas las personas que pongan en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación la posible comisión de un delito y, como se vio, para su acceso existen unas condiciones y un procedimiento que se debe satisfacer. La Sala tampoco pierde de vista que, previo al hecho dañino, fueron

asesinados el ex compañero sentimental y hermano de la señora (...) y otros socios de la empresa (...) sin embargo, la Sala echa de menos los expedientes penales que por esos delitos se debieron iniciar y, por ello, desconoce si la víctima intervino en esos procesos y si lo hizo el nivel de participación, por lo que no es posible concluir que, por esos hechos, la Fiscalía General de la Nación tenía el deber de proteger a la víctima. Si bien, en uno de los escritos presentados ante la Procuraduría General de la Nación la señora (...) afirmó que ante la Fiscalía relacionó los nombres de los supuestos autores de los delitos, esa prueba no resulta suficiente para establecer que ello sí ocurrió y que su testimonio la ponía en riesgo, pues, se insiste, no se allegaron los procesos penales que corroboraran tal afirmación. Además, tal como lo advirtió la víctima en los escritos que presentó ante la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, las amenazas que se profirieron en su contra fueron por su condición de socia de la Empresa (...) y por los bienes que dejó el padre de su hijo, y no por su intervención en los procesos penales o por la denuncia que por el delito de violación de habitación ajena interpuso, de ahí que no se cumplieran los requisitos establecidos en la Resolución (...) para acceder al Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso y Funcionarios de la Fiscalía. Así las cosas, las pruebas allegadas al proceso evidencian que la Fiscalía General de la Nación cumplió con el deber que le era exigible, en tanto solicitó en reiteradas oportunidades a la autoridad competente que le brindara medidas de protección a la señora (...) y a su familia, quienes estaban siendo víctimas de amenazas. En este orden de ideas, la Sala considera que la Fiscalía General de la Nación no incurrió en una falla del servicio por omisión, dado que solicitó, desde el (...) a la Policía Nacional que le brindara tal seguridad, petición que fue reiterada el (...) y de (...) lo cual evidencia el cumplimiento de los deberes a su cargo. Por todo lo anterior, la Sala revocará este punto de la sentencia y negará lo pretendido frente a la Fiscalía General de la Nación."

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la excepción a la aplicación del principio de respeto por los actos propios, consultar providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 24 de enero de 2011, Exp. 2001-00457-01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Sobre el análisis de precios unitarios, consultar providencia de 29 de febrero de 2012, Exp. 16371, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

POLICÍA NACIONAL / POSICIÓN DE GARANTE / DEBERES DE LA POLICÍA NACIONAL / FALLA DEL SERVICIO / FALLA EN EL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / DEBER DE PROTECCIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL / RESPONSABILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL / MEDIDAS DE PROTECCIÓN / AMENAZA / AMENAZA DE MUERTE / HOMICIDIO / MUERTE DE CIVIL / MUERTE DE LA PERSONA / OMISIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN CIVIL / HECHO DEL TERCERO / DAÑO OCASIONADO POR HECHO DEL TERCERO / HOMICIDIO / DAÑO / IMPUTACIÓN / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ALCANCE DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / DEBER DE PROTECCIÓN DE LA FUERZA PÚBLICA / DEBER DE PROTECCIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL / DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / PROTECCIÓN DE AUTORIDAD POR AMENAZA DE MUERTE / SOLICITUD DE PROTECCIÓN DE AUTORIDAD POR AMENAZA DE MUERTE

Problema Jurídico 2: *¿Incorre la Policía Nacional, en falla del servicio por omisión en el deber de protección, por la muerte de una ciudadana que denunció amenazas contra su vida, cuando conocía del riesgo real que corría la víctima?*

Tesis 2: "[L]a omisión de las autoridades competentes, consistente en no brindar la protección necesaria para salvaguardar la vida e integridad de las personas, permite atribuirles el resultado dañoso.(...) [C]uando la Administración tiene conocimiento acerca de una situación de vulnerabilidad en la que se encuentre determinada persona, el deber genérico de protección y seguridad se concreta y exige una conducta activa de su parte que, de omitirse, permite que se declare su responsabilidad por el daño derivado de la materialización del peligro. Lo anterior se evidencia en los eventos en los que se reclama del Estado la reparación de daños producidos por la actividad de terceros. En tales oportunidades ha precisado esta Corporación que, para que surja el deber de indemnización a cargo de la entidad accionada, se requiere que el hecho del tercero haya sido previsible y resistible para la Administración. (...) Para la Sala resulta posible concluir que el daño alegado en la demanda no le resultó imprevisible al Ministerio de Defensa-Policía Nacional, dado que conocía las circunstancias de las amenazas de las que estaba siendo víctima la señora (...). Si bien, el deber de protección es de medio y no de resultado, lo cierto es que las medidas que con ese fin se adopten deben -de manera seria y rigurosa- atender las circunstancias particulares de cada caso, pues se trata de peticiones que involucran la vida e integridad de los peticionarios. En casos como el presente, se debe considerar que la falla del servicio se deriva de la omisión en el deber de seguridad y protección a cargo del Estado, lo cual potencializó el riesgo de la víctima, pero de ninguna manera debe entenderse que el mismo fue causado por la administración, pues quien perpetró el homicidio fue un tercero ajeno a la entidad. Pero, si bien es cierto que el homicidio fue perpetrado por un tercero y, por lo tanto, este era el primer llamado a responder por el daño, es claro para la Sala que la muerte de la señora (...) le resulta también imputable a la Policía Nacional porque esa institución

omitió el cumplimiento del deber que le asistía de brindarle protección, en los términos en los que la Constitución y la ley lo prevén, dado el conocimiento que esas autoridades tenían sobre el riesgo real que corría la víctima. También es claro que no se tiene certeza de que, de haberse adelantado medidas adecuadas para brindar protección a quien con fundadas razones la había pedido, se hubiera impedido necesariamente el daño; sin embargo, la responsabilidad por omisión del Estado no se construye sobre la certeza de la evitación del daño, dado que tratándose de una omisión, el fundamento de la atribución no es la causalidad, sino que se fundamenta en un juicio de valoración del desconocimiento del deber de actuar, que se relaciona -en términos valorativos y no causales- con la materialización del resultado.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de julio 19 de 1997, exp. 11875, C.P. Daniel Suárez; sentencia de octubre 30 de 1997, exp. 10958, C.P. Ricardo Hoyos; sentencia del 14 de febrero de 2002, exp. 13253, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de marzo 10 de 2005, exp. 14395, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 13 de mayo de 2014, exp. 76001-23-31-000-1996-05208-01(23128), C. P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 22 de enero de 2014, exp. 27644, C.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 7 de octubre de 2015, exp. 35544, exp. 14787, C.P. Alier Hernández; sentencia de agosto 16 de 2000, exp. 13131, C.P. Ricardo Hoyos; sentencia de mayo 2 de 2002, exp. 13251, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de marzo 18 de 2004, exp. 13318, C.P. María Elena Giraldo; sentencia de marzo 10 de 2005, exp. 14395, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de abril 28 de 2005, exp. 17300, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de septiembre 20 de 2007, exp. 15699, C.P. Ramiro Saavedra Becerra y sentencia de 27 de marzo de 2008, exp. 16234, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de julio de \(2021\), C. P. María Adriana Marín radicación 76001-23-31-000-2011-00051-01\(56820\)](#)

8. Condenada la Policía Nacional por omisión de su deber de protección de ciudadana que, fue asesinada por sicarios en la ciudad de Cali y había denunciado ante las autoridades amenazas de muerte.

Síntesis del caso: *“el actor solicitó la nulidad del acto de declaratoria parcial de incumplimiento, en el cual se hizo exigible la cláusula penal, por considerar que la administración no tenía competencia para su expedición y que se había violado su derecho al debido proceso durante el procedimiento administrativo adelantado para su adopción.”*

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ENTIDAD PÚBLICA / CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / DERECHO A LA IGUALDAD DE CONDICIONES / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / ENTIDAD ESTATAL / ENTIDAD PÚBLICA / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / PRECIO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / ETAPA CONTRACTUAL / ACTO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTA / ACUERDO MARCO DE PRECIOS / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Problema Jurídico 1: *¿La naturaleza del contrato interadministrativo, acuerdo marco de precios, donde participa una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, como la ETB (entidad estatal), cambia por este hecho y en consecuencia Colombia Compra Eficiente no tenía competencia para declarar el incumplimiento parcial o total o hacer efectiva la cláusula penal de la ETB?*

Tesis 1: “En lo relativo a la naturaleza del acuerdo, se observa que en la celebración del AMP la entidad encargada adelantó un procedimiento de selección de contratistas en el cual los proponentes participaron en igualdad de condiciones, en un escenario de competencia. En este sentido (aunque los contratos interadministrativos, en los términos del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, pueden estar precedidos de un procedimiento concursal), en el acuerdo de voluntades en estudio se evidencia la presencia de dos extremos contractuales bien definidos, una parte contratante (CCE) y otra parte contratista (los distintos proveedores, ejecutores del contrato). (...) El que uno de los proveedores haya sido una entidad estatal (por ser una empresa de servicios públicos con capital mixto) no desvirtúa la naturaleza del acuerdo marco de precios celebrado, en

el que, con fundamento en las facultades legales concedidas por los artículos arriba referidos, se pactó la posibilidad de declarar el incumplimiento parcial o total, de hacer efectiva la cláusula penal e, incluso, de compensar su valor con las sumas que las entidades compradoras le adeudaran al proveedor. (...) En este caso, la ETB actuaba como un competidor en el mercado, esto es, como un proveedor que debía cumplir con las órdenes de compra que le presentaran las entidades interesadas. En atención a lo anterior, la calificación de contrato interadministrativo (que no convenio) que pretendió la parte actora, para negar facultades en cabeza de la administración contratante, resultaría en un trato desigual e injusto para la ETB frente al resto de proveedores, al lado de los cuales, esta entidad actuaba como uno más. (...) El contrato celebrado a través del AMP no muta su naturaleza por el hecho de encontrar en el otro extremo de la relación contractual a una entidad ejecutora como la ETB quien se presentó, en una lógica de competencia en el mercado, a un procedimiento de selección para convertirse en un proveedor más de la administración. (...) La naturaleza del acuerdo que celebraron y calificaron las propias partes no puede variar con el vaivén del deseo de uno de los extremos de la relación contractual. En especial si, con la mutación que pretendió una de ellas, se buscaba un tratamiento diferente para resguardarse frente a las consecuencias del incumplimiento contractual. (...) La ETB participó en el procedimiento de selección del AMP y se sometió a sus condiciones, a pesar de lo cual, una vez resultó adjudicataria y se convirtió en uno más de los proveedores, pretendió acudir a su naturaleza de entidad pública para blindarse frente a las facultades propias que tenía la entidad contratante en la etapa de ejecución contractual, entidad última que se regía por el Estatuto Contractual, en particular, por lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011. En consecuencia, los argumentos de la parte actora no resultan de recibo para excluir la competencia de CCE para la adopción de los actos administrativos demandados."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia del 26 de julio de 2016, exp. 2257, C.P. Álvaro Namén Vargas.

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / MULTA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / ACTO ADMINISTRATIVO / CONTRATISTA / DERECHO A LA DEFENSA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

Problema Jurídico 2: *¿la entidad estatal contratante, vulnera el debido proceso cuando declara el incumplimiento del contrato o hace efectivas las multas o la cláusula penal, si para el momento de realizar la audiencia, el contratista tuvo la oportunidad de conocer las razones que sustentaban la citación a la audiencia de incumplimiento y por ende ejercer su derecho de defensa?*

Tesis 2: "El debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, principio rector de las actuaciones administrativas (artículo 3 del CPACA), tiene una materialización singular y significativa frente a las actuaciones de la administración durante su actividad contractual. La desaparición, en la redacción original de la Ley 80 de 1993, de la posibilidad de pactar y hacer efectivas las multas y la cláusula penal, dio origen a un número importante de providencias que se pronunciaron sobre el debido proceso administrativo, y a la adopción de las disposiciones del artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sobre las actuaciones administrativas sancionatorias en materia contractual. (...) En vigencia de la Ley 1474 de 2011, hoy resulta claro que para la declaratoria de incumplimiento, y para hacer efectiva la cláusula penal (como ocurrió en los actos administrativos demandados), la administración debe cumplir con el procedimiento legal establecido, en el cual se requiere una citación previa al contratista para que asista a una audiencia, en desarrollo de la cual la administración debe dar a conocer las razones que motivaron su actuación y las normas violadas, para que el contratista pueda, a su vez, ejercer su derecho de defensa. (...) En la actuación administrativa sancionatoria contractual adelantada por CCE, que dio origen a las Resoluciones (...) la Sala observa que se respetó el debido proceso de la parte demandante. Los propios actos administrativos en cuestión dan cuenta de la corrección del yerro en el que había incurrido la administración cuando, en la primera citación al contratista, omitió acompañar el informe del supervisor del contrato. Esta situación fue superada a petición de la parte actora, quien, una vez recibió la citación y advirtió la omisión, le solicitó a CCE corregir la irregularidad que consideró configurada, atendiendo, entre otras consideraciones, a las disposiciones del CPACA sobre la materia. (...) Para el momento en el que se adelantó la audiencia y se adoptó la decisión (...) la parte demandante había tenido la oportunidad de conocer las razones que sustentaban la citación a la audiencia de incumplimiento (...) situación que le permitió estar enterada de los motivos de la administración y ejercer, sin limitación alguna y de manera plena, su derecho de defensa."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el asunto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 20 de febrero de 1997, exp. 12669, C.P. Juan Ángel Palacio; sentencia de 16 de noviembre de 1994, exp. 8449, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia del 15 de agosto de 1996, exp. 8358, C.P. Jesús Carrillo y sentencia del 20 de octubre de 2005, exp. 14279, C.P. María Inés Ortiz

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / PLAZO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / ACTO ADMINISTRATIVO

Problema Jurídico 3: *¿Cuándo se cumple el plazo pactado sin que el contratista haya dado cumplimiento total a sus obligaciones contractuales, puede la entidad contratante declarar el incumplimiento parcial del contrato?*

Tesis 3: “[F]rente a la declaratoria de incumplimiento adoptada, se debe tener en cuenta que, en realidad, no existió la señalada diferencia en el entendimiento del plazo contractual (días hábiles o calendario), habida cuenta de que la propia entidad demandada reconoció que, en efecto, los días eran hábiles, tanto como que la declaratoria de incumplimiento no se produjo hasta que se agotó el plazo contractual previsto (...) Sobre este plazo se debe retener que, cuando finalmente llegó, la parte demandante no había dado cumplimiento total a sus obligaciones contractuales, como ella misma lo reconoció en el trascurso del presente proceso. Consideración en la que se basó CCE para declarar el incumplimiento parcial del contrato, y que resultaba ser una motivación adecuada para la adopción de los actos demandados.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de julio de \(2021\), C. P. Alberto Montaña Plata radicación 25000-23-36-000-2015-01918-01\(59325\)](#)

SECCIÓN CUARTA

1. Se reitera que el impuesto a la riqueza previsto en la Ley 1739 de 2014 no es un tributo nuevo, sino el mismo impuesto al patrimonio regulado en las leyes 1111 de 2006 y 1370 de 2009, cuya vigencia se prorrogó o extendió por la Ley 1739 de 2014 y que, por ende, los contribuyentes que celebraron contratos de estabilidad jurídica respecto del impuesto al patrimonio no debían pagar el impuesto a la riqueza.

Síntesis del caso: *Se anularon los Conceptos 024096 del 20 de agosto, 027156 del 17 de septiembre y 034749 del 4 de diciembre, todos de 2015 y 14749008481216 del 8 de mayo de 2017 y 001961 del 25 de enero de 2019, mediante los cuales la DIAN conceptuó que el impuesto a la riqueza es diferente del impuesto al patrimonio y por ello, los contribuyentes que celebraron contratos de estabilidad jurídica con ocasión a este último debían pagar el impuesto a la riqueza. Para el efecto, la Sala reiteró que la Ley 1739 de 2014 no creó un nuevo tributo denominado impuesto a la riqueza, sino que prorrogó o extendió la vigencia de las leyes 1111 de 2006 y 1370 de 2009, que regulaban el impuesto al patrimonio, de modo que los contribuyentes que suscribieron contratos de estabilidad jurídica con el fin de estabilizar las disposiciones del impuesto al patrimonio no son sujetos pasivos del impuesto a la riqueza de que trata la Ley 1739 de 2014. Así mismo, se reiteró que las declaraciones presentadas por dichos contribuyentes «no están llamadas a producir efecto legal, de conformidad con el artículo 594-2 del E.T., toda vez que esta circunstancia opera por mandato de la ley, sin que se requiera de acto administrativo que así lo declare», ni la manifestación del contribuyente sobre la finalidad del pago y, que por ende, los pagos realizados configuran un pago de lo no debido.*

IMPUESTO A LA RIQUEZA DE LA LEY 1739 DE 2014 – Alcance. Reiteración de jurisprudencia. Identidad con el impuesto al patrimonio de la Ley 1111 de 2006 / PRÓRROGA DE LA VIGENCIA DEL IMPUESTO AL PATRIMONIO DE LA LEY 1111 DE 2006 POR LA LEY 1739 DE 2014 - Reiteración de jurisprudencia / RÉGIMEN DE ESTABILIDAD JURÍDICA - Finalidad y alcance. Reiteración de jurisprudencia / CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA - Efectos jurídicos. Reiteración de jurisprudencia / SUJECCIÓN PASIVA AL IMPUESTO AL PATRIMONIO DE LA LEY 1739 DE 2014 DE CONTRIBUYENTE SUSCRIPTOR DE CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA - No sujeción. Reiteración de jurisprudencia / DECLARACIÓN DEL IMPUESTO AL PATRIMONIO DE LA LEY 1739 DE 2014 PRESENTADA POR SUJETO NO OBLIGADO – Carencia de efectos jurídicos. Reiteración de jurisprudencia / FALTA DE EFECTOS JURÍDICOS DE DECLARACIONES TRIBUTARIAS PRESENTADAS POR NO OBLIGADOS – Operancia por mandato legal. Reiteración de jurisprudencia / DEVOLUCIÓN DE IMPUESTO AL PATRIMONIO PAGADO INDEBIDAMENTE – Procedencia. Reiteración de jurisprudencia

Problemas Jurídicos: *¿Los contribuyentes que celebraron contratos de estabilidad jurídica, con ocasión del impuesto al patrimonio, son sujetos pasivos del impuesto a la riqueza? ¿Los pagos realizados por dichos contribuyentes, por concepto de impuesto a la riqueza, constituyen pago de lo no debido?*

Tesis: “Los artículos 1 a 9 de la Ley 1739 de 2014 establecieron el denominado impuesto a la riqueza, no obstante, tal como en oportunidad anterior la Corporación verificó, la comparación entre el contenido de la Ley 1739 con las Leyes 1111 de 2006 y 1370 de 2009, permite concluir que se trata del mismo tributo, aunque con una diferencia en la denominación. (...) Verificado el contenido de las normas comparadas, se reitera que, como en los casos anteriores, la definición del tributo y el hecho generador conservan una redacción y esencia igual en cuanto a gravar la posesión de riqueza, por lo que, en efecto, como lo planteó el demandante y el Ministerio Público, «el impuesto a la riqueza es el mismo impuesto al patrimonio que ha regido por lo menos desde las Leyes 1111 de 2006 y 1370 de 2009, estabilizadas, ya que el hecho generador es el mismo (posesión de riqueza) y los demás elementos esenciales del tributo guardan el mismo espíritu». Reitera la Sección que «la Ley 1739 de 2014 no creó un nuevo impuesto, sino que extendió, prorrogó, la vigencia del impuesto al patrimonio que venía regulado por la Ley 1111 de 2006 y, en consecuencia, el impuesto a la riqueza que, como claramente lo dispone la norma

en comentario **adicionó** el artículo 292-2 del Estatuto Tributario, estaba amparado por el régimen de estabilidad jurídica de la Ley 963 de 2005, por el tiempo que se pactó, entendiéndose que en los contratos de estabilidad jurídica se identificó expresamente el impuesto al patrimonio». En ese orden, como ha sido la postura de la Sala «El régimen de estabilidad jurídica creado por la Ley 963 es un mecanismo para fomentar nuevas inversiones y ampliar las inversiones existentes en un escenario jurídico estable. Los inversionistas que suscriben el contrato de estabilidad jurídica no adquieren meras expectativas, sino el derecho particular y concreto a que la inversión, durante la vigencia del contrato, se rija por las normas identificadas en el contrato. De modo que, a partir de la celebración del contrato, en virtud del principio de buena fe, los inversionistas amparan el marco jurídico de la inversión, al punto que, luego, no les son oponibles las modificaciones normativas que resulten adversas a la inversión». Así las cosas, según lo ha entendido la Corporación, la inversión de que trata la Ley 963 de 2005, se proyectaba en un escenario jurídico estable y eso supone decidir cuáles tributos se pagaban durante la vigencia del contrato. Luego, reñiría con el principio de buena fe que el legislador (al expedir la Ley 1739) y la DIAN (cuando fijó la interpretación de esa ley) desconocieran la situación de los inversionistas que celebraron el contrato de estabilidad jurídica, y los considerara responsables y contribuyentes del impuesto a la riqueza de la Ley 1739 del 2014, cuando aún estaban vigentes los periodos durante los cuales se estableció contractualmente la estabilización del gravamen al patrimonio. Por tanto, reitera la Sección que los contribuyentes que suscribieron contratos de estabilidad jurídica con el fin de estabilizar las disposiciones del impuesto al patrimonio no son sujetos pasivos del impuesto a la riqueza de que trata la Ley 1739 de 2014. En ese orden, se descarta lo aducido por la DIAN y el Ministerio Público, en cuanto a que las declaraciones presentadas por los contribuyentes que suscribieron contratos de estabilidad jurídica se entendían válidas por haber sido presentadas de manera «voluntaria» y sin derecho a devolución, pues se reitera que con ello se estaría «desconociendo que, por su no sujeción al tributo, la misma ley trae consigo una consecuencia jurídica, como es que, contrario a su criterio, no produce efecto legal alguno», con lo cual, las declaraciones presentadas por dichos contribuyentes «no están llamadas a producir efecto legal, de conformidad con el artículo 594-2 del E.T., toda vez que esta circunstancia opera por mandato de la ley, sin que se requiera de acto administrativo que así lo declare», ni la manifestación del contribuyente sobre la finalidad del pago y, por ende, los pagos realizados configuran un pago de lo no debido. Los anteriores argumentos son suficientes para anular los actos administrativos demandados.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 5 de agosto de 2021, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2019-00021-00 \(24576\).](#)

2. La Decisión 578 de 2004 de la CAN faculta a los países miembros para desplegar la potestad tributaria cuando la misma no ha sido ejercida por el país en el que se encuentra localizado el activo.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los actos administrativos en los que la DIAN modificó la declaración del impuesto al patrimonio que cierto contribuyente, domiciliado en el país, presentó por el año gravable 2011, para incluir en la base gravable del tributo unas inversiones efectuadas en Perú. Con base en la interpretación prejudicial que rindió el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la normativa nacional aplicable al caso, la Sala concluyó que los actos acusados se ajustaron a derecho, dado que, para los contribuyentes con residencia o domicilio en Colombia, el patrimonio bruto incluye, además de los bienes o rentas obtenidas en el país, los poseídos en el exterior, de modo que los títulos de depósito a término fijo que la demandante tenía en Perú hacían parte de la base gravable del impuesto al patrimonio, inversiones que Colombia estaba facultada para gravar ante el no ejercicio de la potestad tributaria por parte de Perú.

IMPUESTO AL PATRIMONIO - Año gravable 2011 / IMPUESTO AL PATRIMONIO - Hecho generador / RIQUEZA PARA EFECTOS DEL IMPUESTO AL PATRIMONIO - Noción / PATRIMONIO LÍQUIDO - Conformación. Reiteración de jurisprudencia / PATRIMONIO LÍQUIDO – Determinación / DETERMINACIÓN DEL PATRIMONIO LÍQUIDO QUE INTEGRA LA BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO AL PATRIMONIO – Normativa aplicable / PATRIMONIO BRUTO DE CONTRIBUYENTES CON DOMICILIO O RESIDENCIA FISCAL EN COLOMBIA - Conformación. Criterio del estatuto personal. Reiteración de jurisprudencia. Por regla general, el patrimonio susceptible de gravarse en Colombia está conformado por el total de los bienes y derechos apreciables en dinero poseídos dentro y fuera del territorio nacional / PATRIMONIO DE CONTRIBUYENTES SIN DOMICILIO O RESIDENCIA FISCAL EN COLOMBIA Y DE SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS -

Conformación. Reiteración de jurisprudencia / DOBLE TRIBUTACIÓN - Elementos / IMPUESTO A LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS EN PERÚ – Hecho imponible / GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS GMF – Hecho imponible / POTESTAD TRIBUTARIA PREVALENTE – Decisión 578 de 2004 de la Comunidad Andina de Naciones CAN / FALTA DE EJERCICIO DE POTESTAD TRIBUTARIA PREVALENTE DE LA DECISION 578 DE 2004 DE LA CAN – Efectos jurídicos

Problema Jurídico: *¿Los depósitos a término constituidos por la recurrente en Perú hacen parte o no de la base gravable del impuesto al patrimonio en Colombia por el año 2011, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Decisión 578 de 2004 de la CAN, y en el concepto 030734 del 17 de abril de 2006 de la DIAN?*

Tesis: “[L]a Ley 1370 de 2009, que adicionó, entre otros, los artículos 292-1 a 298-5 al Estatuto Tributario, reguló el impuesto al patrimonio para el año 2011, definiendo así la sujeción pasiva, el hecho generador, la **base gravable**, la causación, la tarifa y la autoliquidación como método de determinación del impuesto. En dicha normativa se estableció que el impuesto se genera por la posesión de riqueza a 1 de enero de 2011, cuyo valor sea igual o superior a \$3.000.000.0000. Para efectos del gravamen, se entiende por riqueza el total del patrimonio líquido del obligado, conformado de acuerdo con lo previsto en el Título II del Libro I del Estatuto Tributario - normas que rigen la cuantificación del patrimonio líquido en el impuesto sobre la renta, y a las que también corresponde acudir para calcular y depurar la **base gravable del impuesto al patrimonio**. Así, de conformidad con los artículos 261 y 282 del ET, el patrimonio líquido es el resultado de restar del patrimonio bruto poseído el 1 de enero de 2011, el monto de las deudas vigentes a cargo del contribuyente para la misma fecha (...) Es decir que, por regla general, el **patrimonio bruto de los contribuyentes con residencia o domicilio en Colombia está conformado por el total de los bienes y derechos poseídos dentro y fuera del territorio nacional**, y para determinar el patrimonio líquido que sirve de base gravable del impuesto, se sustraen las deudas vigentes al último día del periodo gravable (...). Son hechos aceptados y probados, que: El Tribunal de Justicia, interpretó en el numeral 2.6 de su decisión que «[...] **si en el país A no existe impuesto al patrimonio y, en consecuencia, el contribuyente no lo paga, la autoridad nacional del país B estaría facultada para ejercer el cobro de dicho impuesto, siempre y cuando el domicilio del contribuyente y el patrimonio que se pretende gravar se encuentren en el territorio del país B, de conformidad con la ley nacional aplicable. Un entendimiento contrario podría generar evasión fiscal**». La actora estima que no concurren las dos condiciones establecidas por el Tribunal de Justicia para que Colombia pueda gravar con el impuesto al patrimonio las inversiones poseídas en Perú pues, si bien su domicilio se encuentra en el país, los depósitos a término fijo, son bienes no poseídos en el mismo por tratarse de derechos de crédito cuyo deudor (Banco Santander del Perú) tiene su domicilio en el exterior, conforme al artículo 265 del ET. Se reitera, conforme a lo explicado en líneas precedentes y a lo precisado por la Sección que «el patrimonio bruto, en los términos del **artículo 261 ib.**, está conformado por el total de los bienes y derechos apreciables en dinero, poseídos por el contribuyente en el último día del año o período gravable. Para los **contribuyentes con residencia o domicilio en Colombia**, excepto las sucursales de sociedades extranjeras, **el patrimonio bruto incluye, además, los bienes poseídos en el exterior**. En la sentencia del 15 de marzo de 2012, la Sala advirtió que para determinar el patrimonio susceptible de ser gravado en Colombia para los **contribuyentes con residencia fiscal en el país**, el legislador aplicó el criterio denominado “estatuto personal”, en virtud del que las **rentas o bienes que un contribuyente obtenga tanto en el Estado de su domicilio o residencia, como las rentas o bienes que obtenga en el resto del mundo, se gravan en el Estado de domicilio o residencia** del contribuyente. Es por eso que la legislación interna no considera necesario diferenciar si los bienes de los contribuyentes que lo hacen responsable del pago del impuesto al patrimonio se poseen en Colombia o en el exterior, pues todos hacen parte, por regla general, de la base imponible de dicho tributo. Que diferente situación ocurre con los contribuyentes que no tienen residencia fiscal en Colombia y las sucursales de sociedades extranjeras, que no es el caso estudiado en esta oportunidad, ya que, en lo que al patrimonio corresponde, deben declarar únicamente los bienes poseídos en el país de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 265 del Estatuto Tributario, tal como concluyó la Sección en la sentencia del 27 de marzo de 2014». (Se resalta). Así las cosas, contrario a lo afirmado por la demandante, no se cumplen las condiciones señaladas en el numeral 2.6. de la interpretación prejudicial para impedir que Colombia, ante el no ejercicio de la potestad tributaria por parte de Perú - atribuida por el artículo 17 de la Decisión 578 de 2004 -, ejerza la facultad de gravar con el impuesto al patrimonio las inversiones constituidas en Perú, conforme a la normativa interna. Ahora bien, también indica la interpretación del Tribunal de Justicia que «**se debe analizar si en el caso controvertido se presenta un caso de doble tributación (...). Para lo anterior, la sala consultante tendrá en cuenta que, para que opere la doble tributación debe existir identidad de sujeto, de la naturaleza y objeto del impuesto y del período tributario en los dos Países Miembros**. Como se narró en líneas anteriores, para el año gravable 2011, la legislación peruana no regulaba el impuesto al patrimonio entendido como «**aquel que grava el conjunto de bienes y derechos susceptibles de valoración económica del contribuyente**», sin que sea válido afirmar que con el pago del impuesto a las transacciones financieras se estaría configurando una doble tributación pues, su hecho imponible no es la posesión de riqueza, sino el ingreso y la salida de dinero, similar a lo que ocurre en Colombia con el gravamen a los movimientos financieros, cuyo hecho generador es, en esencia, la realización de transacciones financieras en las que se disponga de recursos. Por lo anterior, no hay

identidad de sujeto, de la naturaleza y objeto del impuesto, ni del periodo tributario en los dos países miembros para considerar que se está ante un caso de doble tributación. De acuerdo con el acervo probatorio y con la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la actora debió incluir en la base gravable del impuesto al patrimonio por el año gravable 2011, la suma de (...), correspondiente a los depósitos a término fijo en Perú, pues, aunque dicho país tenía la potestad tributaria prevalente en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Decisión 578, no la ejerció, por lo que habilitó a Colombia para gravar esa parte del patrimonio poseído en el referido país, conforme con lo dispuesto por la legislación interna.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 5 de agosto de 2021, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 08001-23-33-000-2015-20131-01 \(23979\).](#)

3. Se anula el Decreto 1419 de 2019, que estableció un arancel compuesto para los productos importados de los capítulos 61 (prendas y complementos -accesorios-, de vestir, de punto) y 62 (prendas y complementos -accesorios-, de vestir, excepto los de punto).

Síntesis del caso: *Se declaró ilegal el Decreto 1419 del 6 de agosto de 2019, por el cual el Gobierno Nacional reglamentó los artículos 274 y 275 de la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022). La Sala concluyó que los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 1419 de 2019 son nulos porque se expidieron con base en una norma diferente a la que regula la competencia ampliada del Gobierno Nacional en materia aduanera, que es el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política. Dada la declaratoria de ilegalidad de tales normas, la Sala estimó que los artículos 4 y 5 también son nulos porque carecen de sustantividad propia, pues solo regulan los casos de exoneración del arancel y la vigencia del decreto acusado, respecto del arancel fijado de forma inconstitucional por el legislador.*

LEY 1955 DE 2019 – Inexequibilidad de los artículos 274 y 275 / DECRETO 1419 DE 2019 – Fundamento constitucional y legal / POTESTAD REGLAMENTARIA – General y ampliada / POTESTAD REGLAMENTARIA GENERAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Fundamento constitucional. Artículo 189 numeral 11 / FACULTAD O POTESTAD REGLAMENTARIA AMPLIADA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Fundamento constitucional, alcance y finalidad / LEY MARCO – Alcance / POTESTAD REGLAMENTARIA AMPLIADA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Límites normativos. Reiteración de jurisprudencia / DECRETO REGLAMENTARIO DE LEY MARCO DE ADUANAS – Alcance. Reiteración de jurisprudencia. Facultad de modificación de leyes ordinarias / LEY 1955 DE 2019 – Naturaleza jurídica / DECRETO 1419 DE 2019 – Ilegalidad

Problema Jurídico: *¿Se ajusta a la legalidad el Decreto 1419 de 2019, reglamentario de los artículos 274 y 275 de la Ley 1955 de 2019?*

Tesis: “[L]os artículos 274 y 275 de la Ley 1955 de 2019 fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-026 de 2020 por dos motivos: i) la violación del reparto competencial dispuesto por la Constitución entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional en materia aduanera y ii) la falta de unidad de materia de estas normas con la Ley del Plan. (...) [S]e observa que el Decreto 1419 de 2019 indicó que fue proferido en ejercicio de las facultades «conferidas en los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política». Sin embargo, cada numeral consagra una potestad reglamentaria distinta. De una parte, el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución establece la potestad reglamentaria general del Presidente de la República en cuanto que sea necesaria para la cumplida ejecución de las leyes. De otra parte, el numeral 25 *ibídem* prevé una potestad reglamentaria ampliada para modificar los aranceles, las tarifas y las demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas. La potestad ampliada del numeral 25 no fue prevista por el Constituyente para reglamentar leyes ordinarias, sino solo las denominadas leyes marco y respecto de materias determinadas. Es por esto que el numeral 19 literal c) del artículo 150 de la Constitución señala que el Congreso de la República solo puede proferir leyes (marco) que fijen los objetivos y los criterios que debe cumplir el Gobierno Nacional para modificar los aranceles, las tarifas y los demás asuntos relacionados por razones de política comercial. Es decir, que el legislador no puede elaborar una regulación

exhaustiva sobre estas materias porque vaciaría la facultad reglamentaria ampliada que fue asignada por la Constitución al Gobierno Nacional. Además, con base en estas normas, esta Sección señaló que la facultad reglamentaria ampliada del Presidente de la República solo tiene como límite normativo la Constitución y las leyes marco. De esta forma, los decretos reglamentarios expedidos con fundamento dicha facultad pueden modificar las leyes ordinarias que regulen temas aduaneros, siempre y cuando estén fundamentados expresamente en las políticas comerciales fijadas por el Estado, entendiendo este término en un sentido amplio. En este orden, al fundamentarse el Decreto 1419 de 2019 en los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución ejerció dos facultades reglamentarias distintas: la primera restringida y orientada a regular una ley ordinaria, la segunda ampliada y relacionada con asuntos aduaneros y de política comercial (...) [S]e observa que los primeros tres artículos del Decreto 1419 de 2019 fueron proferidos en ejercicio de la facultad reglamentaria restringida del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución. Esto es así porque la Ley 1955 de 2019 no es una ley marco sobre asuntos aduaneros, pues no se limitó a establecer los objetivos y los criterios para fijar los aranceles para los productos de los capítulos 61 y 62, sino que agotó la regulación sobre la materia fijando directamente el arancel. En concordancia, los artículos 1, 2 y 3 del decreto acusado se limitaron a reiterar lo dispuesto por el legislador, lo que demuestra que no ejercieron la facultad reglamentaria ampliada. No obstante, los últimos dos artículos del citado decreto fueron proferidos en ejercicio de la facultad reglamentaria ampliada del numeral 25 del artículo 189 de la Constitución. Solo esto explica que los mismos establezcan disposiciones que exceden el alcance de la ley, pues señalan los eventos en que se excluye la aplicación del arancel de los productos de los capítulos 61 y 62 y define el momento a partir del cual inicia su vigencia, aspectos que no fueron fijados por la Ley 1955 de 2019. Según lo expuesto, la Constitución otorgó al Gobierno Nacional una facultad de reglamentación ampliada en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución para definir los aranceles. Pese a esto, el Gobierno Nacional no la ejerció para determinar el arancel aplicable a los productos de los capítulos 61 y 62 (para lo cual podía, incluso, derogar la ley ordinaria), sino que se limitó a reiterar el arancel fijado de forma inconstitucional por el legislador. En consecuencia, los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 1419 de 2019 son nulos porque fueron proferidos con base en una norma diferente a la que regula la competencia del Gobierno Nacional sobre la materia que, se reitera, es el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución. Ahora, ante la nulidad de estas tres normas, los artículos 4 y 5 también son nulos porque carecen de sustantividad propia, pues solo regulan los casos de exoneración y la vigencia de la norma, referidos en un todo al arancel fijado que se insiste se limitó a reiterar el establecido de forma inconstitucional por el legislador. En resumen, prospera el cargo de falta de competencia de la demanda. En consecuencia, la Sala declarará la nulidad del Decreto 1419 de 2019”.

Salvamento de voto del Consejero Milton Chaves García

DECRETO 1419 DE 2019 – Legalidad. Falta de configuración de causales de nulidad en su contra / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL – Procedencia / CAUSALES DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL / DECRETO 1419 DE 2019 – Fundamento constitucional y legal

Tesis: “[M]e aparto de la sentencia de la referencia porque considero que en este caso debieron negarse las pretensiones de nulidad contra el Decreto 1419 del 6 de agosto de 2019 porque los argumentos de la demanda no permiten verificar ninguna de las causales establecidas en el inciso segundo del artículo 137 del CPACA. La declaración de nulidad de un acto administrativo general procede cuando se ha expedido con infracción de alguna norma superior; por dictarse por un funcionario incompetente; en forma irregular; con desconocimiento del debido proceso; por falta o falsa motivación, o por desviación de las atribuciones de quien lo profirió. La mayoría de la Sala consideró que el decreto era ilegal por haber repetido el texto de una Ley que fue declarada inexecutable porque la competencia era del Gobierno Nacional. El Decreto acusado invocó y desarrolló la facultad otorgada por la Constitución al Presidente de la República en el numeral 25 de su artículo 189 para, entre otros asuntos, “modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas”. Eso es justamente lo que hace el articulado del Decreto 1419 de 2019, por lo que, en ese aspecto, tiene sustento constitucional. El hecho que se haya citado el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, no implica que se vulneren normas superiores, ni que se configure alguna otra de las causales que dan lugar a declarar la nulidad de un acto administrativo general.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 5 de agosto de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2019-00046-00 \(24890\).](#)

4. Se modifica el precedente de la Sección sobre el cómputo independiente de la firmeza de las declaraciones del impuesto sobre las ventas y retención en la fuente con saldo a favor, cuya devolución se solicite, cuando la declaración del impuesto sobre la renta no genera tal saldo, para, en su lugar, computar la firmeza de las declaraciones de IVA y retención junto con la de la declaración del impuesto sobre la renta del periodo con el cual coincidan, sin aplicar excepción alguna.

Síntesis del caso: *Un contribuyente presentó declaración del impuesto sobre las ventas del segundo bimestre de 2008, en la que registró un saldo a favor que pidió en devolución. La DIAN modificó dicha declaración, en el sentido de rechazar compras e impuestos descontables y adicionar ingresos, lo que generó un saldo a pagar y la imposición de la sanción por inexactitud. La Sala confirmó la sentencia que mantuvo la legalidad de los actos modificatorios de la referida declaración, porque concluyó que la misma no se encontraba en firme cuando se notificó el requerimiento especial y porque procedía el rechazo de las compras e impuestos descontables al comprobarse que se trataba de operaciones irreales, así como la adición de ingresos adoptada por la DIAN. Aunque en el asunto no se discutía que el término de firmeza de la cuestionada declaración de IVA corría a la par con el término de firmeza de la declaración de renta del año gravable 2008, con el que coincidía, la Sala estimó pertinente rectificar su precedente, conforme con el cual, se computaba de manera independiente la firmeza de las declaraciones del impuesto sobre las ventas con saldo a favor cuya devolución se solicite, cuando la declaración del impuesto sobre la renta no genera saldo a favor, para en su lugar computar la firmeza de las declaraciones de IVA y retención en la fuente junto con la de la declaración del impuesto sobre la renta del período con el cual coincidan, sin aplicar excepción alguna.*

UNIFICACIÓN DE TÉRMINO DE FIRMEZA DE DECLARACIONES DE IVA Y RETENCIÓN EN LA FUENTE CON TÉRMINO DE FIRMEZA DE DECLARACIÓN DE RENTA DEL PERIODO GRAVABLE CON EL CUAL COINCIDAN – Finalidad / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE FIRMEZA DE DECLARACIONES DE IVA Y RETENCIÓN EN LA FUENTE CON SALDO A FAVOR SOLICITADO EN DEVOLUCIÓN CUANDO LA DECLARACIÓN DE RENTA DEL PERIODO GRAVABLE CON EL CUAL COINCIDAN NO PRESENTA SALDO A FAVOR – Rectificación de jurisprudencia. Cambio de precedente. Cuando las declaraciones de IVA y retención en la fuente generen saldo a favor y este se haya solicitado en devolución, pero la declaración del impuesto sobre la renta del periodo gravable con el cual coincidan no tenga saldo a favor, el término de firmeza de las declaraciones de IVA y retención en la fuente se computará junto con el del impuesto sobre la renta, sin excepción alguna / CAMBIO DE PRECEDENTE JUDICIAL - Requisitos. Reiteración de jurisprudencia / CAMBIO DE PRECEDENTE JUDICIAL – Justificación / TÉRMINO DE FIRMEZA DE DECLARACIONES DE IVA Y RETENCIÓN EN LA FUENTE ANTES DE LA LEY 223 DE 1995 - Independencia y autonomía en el cómputo del término respecto de cada declaración / TÉRMINO DE FIRMEZA DE DECLARACIONES DE IVA Y RETENCIÓN EN LA FUENTE - Alcance y finalidad del artículo 705-1 del Estatuto Tributario. Unificación de términos de firmeza de declaraciones de renta, ventas y retención en la fuente / TÉRMINO DE FIRMEZA DE DECLARACIONES DE IVA Y RETENCIÓN EN LA FUENTE - Normativa aplicable. Especialidad y aplicación preferente del artículo 705-1 del Estatuto Tributario / FIRMEZA DE DECLARACIÓN DE IVA - No configuración

Problema Jurídico: *¿Operó la firmeza de la declaración de IVA del II Bimestre del año gravable 2008?*

Tesis: “[D]ebe señalarse que la Ley 223 de 1995, con la finalidad que la autoridad tributaria pudiera efectuar una integral determinación de los tributos, unificó el término de firmeza de las declaraciones de IVA y de retención en la fuente, con la firmeza de la declaración de renta del correspondiente período gravable. Es así, como, el artículo 705-1, del Estatuto Tributario desde diciembre del año 1995 determina que, los términos para notificar el requerimiento especial y para que queden en firme las declaraciones del impuesto sobre las ventas y de

retención en la fuente, a que se refieren los artículos 705 y 714 *ibídem*, serán los mismos que correspondan a su declaración de renta respecto de aquellos períodos que coincidan con el correspondiente año gravable. Conforme con los artículos 705 y 714 a los que remite esta disposición, según el texto vigente para la época del *sub lite*, la declaración de renta quedaba en firme si no se notificaba requerimiento especial dentro de los dos (2) años siguientes a: *i*) el vencimiento del plazo para declarar (si son oportunas) o *ii*) la presentación de las declaraciones (si son extemporáneas) o *iii*) haberse presentado solicitud de devolución del saldo a favor de la declaración. En consecuencia, para determinar si la declaración de IVA del II Bimestre del año gravable 2008 se encontraba en firme al momento en que se notificó el requerimiento especial, es menester determinar el término de firmeza de la declaración de renta y complementarios correspondiente al año gravable 2008. Previo a este análisis debe advertir la Sala que modificará el criterio precedente respecto de computar de manera independiente la firmeza de las declaraciones del impuesto sobre las ventas que tengan saldo a favor y sea solicitado, cuando la declaración del impuesto sobre la renta no genera saldo a favor. En su lugar se computará la firmeza de las declaraciones de IVA y Retención en la fuente junto con la declaración del impuesto sobre la renta del período con el cual coincidan, sin excepción. Con relación al cambio de precedente judicial, esta Corporación ha señalado que en ejercicio de su autonomía las autoridades judiciales pueden apartarse del precedente judicial, incluso del propio, cuando se expongan de forma expresa los argumentos y razones que sirvieron de fundamento para adoptar dicha determinación. (...) En cumplimiento de lo anterior, la Sala procede a explicar las razones que motivan su rectificación y aclara la que en adelante será su posición. Para la Sala, la norma especial y posterior aplicable en el caso concreto es el artículo 705-1 del Estatuto Tributario (...) Hasta antes de la Ley 223 de 1995 que introdujo el artículo 705-1 del Estatuto Tributario, la norma sobre la firmeza de las declaraciones preveía un término autónomo para cada declaración, que se computaba desde el vencimiento del plazo para declarar o desde su presentación cuando la declaración era extemporánea o desde la solicitud de devolución cuando la declaración presentaba un saldo a favor. Sin embargo, el legislador del año 1995 consideró que era necesario modificar el alcance de la disposición para unificar la firmeza de las declaraciones de renta, IVA y retención en la fuente al término de la declaración del impuesto de renta, tal como se observa en la ponencia para primer debate del proyecto de ley 026 Cámara, que se convirtió en la Ley 223 de 1995, así: *"De conformidad con la legislación vigente, el término para proferir el requerimiento especial tanto en renta, como en ventas y retención en la fuente, es de dos años contados a partir de la fecha en que vence el plazo para presentar la correspondiente declaración. Este artículo nuevo busca que los términos para notificar el requerimiento especial y para que queden en firme las declaraciones del impuesto sobre las ventas y de retención en la fuente, sean los mismos que corresponden a la declaración de renta"* Es decir, que el artículo 705-1 del Estatuto Tributario se introdujo en nuestro ordenamiento con el fin de unificar el término de fiscalización de la declaración de renta con el de las declaraciones de IVA y retención en la fuente del mismo período gravable sin consagrar excepción alguna, constituyéndose así en la norma especial, posterior en el tiempo y en consecuencia de prevalente aplicación respecto de la regla de firmeza de carácter general prevista en los artículos 705 y 714 *ibídem*. Muy relevante destacar, para el caso concreto, que lo anterior no fue discutido por la parte actora, por el contrario, tanto este extremo, como su contraparte y el Tribunal, coinciden en señalar que el término de firmeza de la declaración de IVA del segundo bimestre de 2008 corría a la par con el término de firmeza de la declaración de renta del período gravable 2008. (...) Efectuadas estas precisiones observa la Sala que, en el proceso se encuentran acreditados los siguientes hechos respecto de la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2008: (...) [E]l contribuyente presentó oportunamente la declaración de renta del año gravable 2008, el 23 de abril de 2009, comoquiera que el vencimiento del plazo para declarar fue el día 24 de abril de la misma anualidad (...) Bajo este supuesto y siguiendo las reglas del artículo 714 del Estatuto Tributario, la firmeza de la declaración de Renta y Complementarios, sería el 24 de abril de 2011. Para el actor la declaración al acogerse el beneficio de auditoría, quedaría en firme dentro de los doce (12) meses siguientes a su presentación, esto es el 23 de abril de 2010. Sin embargo, como el 8 de abril de 2010 se profirió el emplazamiento para corregir número 092382201000010, notificado el 10 de abril de la misma anualidad, el beneficio de auditoría no operó y el término para notificar el requerimiento especial bajo la regla de firmeza general de dos (2) años, se prorrogó por un mes, hasta el 24 de mayo de 2011, esto computado desde la fecha del vencimiento para declarar (24 de abril de 2009). Adicionalmente, en virtud de la notificación del auto de inspección tributaria (...) del 11 de abril de 2011, efectuada el 12 de abril, el término para notificar el requerimiento especial se suspendió por tres (3) meses, desplazándose así el término de firmeza de la declaración de renta de 2008, para el día 24 de agosto de 2011. Así, siguiendo el mandato del artículo 705-1, la firmeza de las declaraciones del impuesto sobre las ventas, cuyos períodos coincidieran con el año gravable 2008, entre ellas la del II bimestre que nos ocupa, operaba igualmente el 24 de agosto de 2011. Como se encuentra demostrado que a la sociedad actora, le fue notificado requerimiento especial, respecto de la declaración de IVA del II bimestre de 2008, el 23 de junio de esa misma anualidad, encuentra la Sala que tal actuación se surtió dentro del término que corresponde, antes de que operara la firmeza de la declaración de IVA".

Aclaración de voto de la Consejera Stella Jeannette Carvajal Basto

TÉRMINO DE FIRMEZA DE DECLARACIONES DE IVA Y RETENCIÓN EN LA FUENTE CON SALDO A FAVOR SOLICITADO EN DEVOLUCIÓN CUANDO LA DECLARACIÓN DE RENTA DEL AÑO GRAVABLE

CON EL QUE EL RESPECTIVO PERIODO COINCIDA NO TENGA SALDO A FAVOR - Jurisprudencia rectificada. Alcance

Tesis: “[S]i bien comparto la nueva tesis, conforme con la cual, «se computará la firmeza de las declaraciones de IVA y Retención en la fuente junto con la declaración del impuesto sobre la renta del período con el cual coincidan, sin excepción», que aquí no es discutida por las partes, considero necesario indicar que en anteriores pronunciamientos la Sala señaló que en los casos en los que existe saldo a favor en IVA, que se pide en devolución, el término de firmeza de la correspondiente declaración se cuenta a partir de esa solicitud, circunstancia que conducía a que el cómputo de la firmeza de la declaración del IVA no coincidiera con el de la declaración de renta del mismo período”.

Aclaración de voto del Consejero Milton Chaves García**CAMBIO DE JURISPRUDENCIA - Debida sustentación**

Tesis: “En la sentencia de la referencia me permito aclarar que comparto lo expuesto en sus consideraciones y en su parte resolutive, como lo advertí en una ocasión anterior en que aclaré mi voto en un proceso entre las mismas partes. Considero que la providencia sustenta debidamente las razones del cambio de jurisprudencia”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 5 de agosto de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 73001-23-33-000-2013-00453-02 \(22105\).](#)

5. En el Distrito Capital, los ingresos por regalías obtenidos por el uso de una marca con ocasión de la actividad comercial realizada por una entidad de beneficencia hacen parte de la base gravable del ICA.

Síntesis del caso: *Al estudiar la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales el Distrito Capital modificó las declaraciones del impuesto de industria y comercio de los bimestres 6 de 2009 y 1 a 6 de 2010 y 2011 que presentó una entidad de beneficencia, la Sala concluyó que, de acuerdo con los artículos 32, 39 literal c) y 42 del Decreto 352 de 2002, los ingresos por regalías que la contribuyente recibió por el uso de una marca forman parte de la base gravable del ICA, al provenir del ejercicio de una actividad comercial. No obstante, la Sala confirmó la decisión de anular los actos acusados, porque de su contenido no era posible determinar, con certeza, las cifras que fueron adicionadas por concepto de regalías obtenidas por el uso de una marca, hecho que desconocía el artículo 712 del E.T., en concordancia con el artículo 100 del Decreto 807 de 1993, según los cuales, la liquidación oficial de revisión debe contener las bases de cuantificación del tributo y el monto de los tributos y sanciones a cargo del contribuyente.*

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN EL DISTRITO CAPITAL ICA - Hecho generador / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN EL DISTRITO CAPITAL ICA – Actividades no sujetas. Actividad de beneficencia / ENTIDADES DE BENEFICIENCIA QUE REALICEN ACTIVIDADES INDUSTRIALES O COMERCIALES – Sujeción al ICA / CONTRATO DE LICENCIA – Naturaleza jurídica. Constituye una actividad comercial / GIRO ORDINARIO DE LOS NEGOCIOS – Noción. Reiteración de jurisprudencia / INGRESOS POR REGALÍAS OBTENIDOS POR ENTIDAD DE BENEFICIENCIA QUE EJERCE ACTIVIDAD COMERCIAL – Sujeción al ICA en el Distrito Capital. Se encuentran gravados con el impuesto de industria y comercio / INGRESOS EXCLUIDOS DE LA BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO ICA EN EL DISTRITO CAPITAL – Ingresos por venta de activos fijos. Se excluyen de la base gravable del ICA cuando se trata de la venta del intangible, no de los ingresos que provienen de la utilización o negociación del mismo / LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN – Contenido. Bases de cuantificación y monto de los tributos y sanciones a cargo / CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN – Desconocimiento / ADICIÓN DE INGRESOS POR REGALÍAS POR USO DE MARCA EN LIQUIDACIÓN OFICIAL DE

REVISIÓN DEL ICA – Ilegalidad. Falta de claridad y certeza sobre los ingresos adicionados por cada actividad gravada

Problema Jurídico: *¿Respecto del impuesto de industria y comercio procede, por los periodos en discusión, la adición de ingresos por la obtención de regalías por el uso de una marca?*

Tesis: “La actora es una entidad de beneficencia que tiene por objeto *“trabajar por superar las causas estructurales de la pobreza para construir una sociedad justa, solidaria, productiva y en paz”*. Para desarrollar su actividad (objeto medio), puede, entre otras actividades *“adquirir y celebrar en relación con signos distintivos, patentes y en general sobre derechos protegidos por virtud de las normas de propiedad intelectual, cualquier clase de negocios jurídicos, total o parcialmente”*. Es un hecho no discutido en el proceso que la actora, en calidad de licenciante, celebró varios contratos de licencia de uso de la marca “...” con varias licenciatarias, a cambio del pago periódico de una contraprestación (regalías). Tampoco se discute que la celebración de los contratos de licencia constituye el ejercicio de una actividad comercial, pues las partes coinciden en esa conclusión, solo que para el demandante dicha actividad no hace parte del giro ordinario de sus negocios. Al respecto, la Sala ha precisado que el giro ordinario de los negocios hace referencia a los actos de comercio o mercantiles habituales en desarrollo del objeto social, que comprende tanto el objeto principal como el objeto secundario. Y en este caso, también es un hecho no discutido que la obtención de las regalías es periódica y proviene del ejercicio de una actividad comercial prevista en los estatutos de la Fundación como actividad secundaria (objeto medio). Dado que la actora, como entidad de beneficencia, ejerció actividad comercial de la que obtuvo ingresos por regalías, tales ingresos se encuentran gravados con el impuesto de industria y comercio, conforme con el artículo 39 parágrafo 1 del Decreto Distrital 352 de 2002. Por tanto, los ingresos por regalías hacen parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio a cargo de la actora, conforme con el artículo 42 del Decreto Distrital 352 de 2002. No es determinante que la marca que genera el pago habitual de las regalías sea un activo fijo, como lo entendió el Tribunal, pues de acuerdo con el artículo 42 del Decreto Distrital, los ingresos que se excluyen de la base gravable del impuesto de industria y comercio son los provenientes de la venta de activos fijos, en este caso, del intangible, no de los ingresos que provienen de su utilización o negociación. Sin embargo, en el caso concreto, la Sala advierte que de los actos administrativos demandados no es posible determinar, con certeza, las cifras que fueron adicionadas en la liquidación oficial de revisión y el acto que la confirmó, por concepto de regalías obtenidas por el uso de la marca (...). En concreto, los actos demandados no permiten saber, con seguridad, en cada bimestre cuál fue el valor que adicionó el Distrito Capital por concepto de regalías y en qué código resolvió el demandado incluir tales ingresos, lo que desconoce el artículo 712 del E.T en concordancia con el artículo 100 del Decreto 807 de 1993, pues, la liquidación oficial de revisión debe contener las bases de cuantificación del tributo y el monto de los tributos y sanciones a cargo del contribuyente, datos que, se insiste, no aparecen con claridad en los actos demandados”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 29 de julio de 2021, C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2014-00554-01 \(24689\).](#)

6. En el contrato de administración delegada para la construcción de una obra, los costos y deducciones generados por las erogaciones incurridas en el desarrollo del contrato, que cumplan los requisitos legales, aminoran la base gravable del impuesto sobre la renta del contratante, no del administrador delegado.

Síntesis del caso: *Mediante los actos administrativos acusados la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2011 de un contribuyente, para rechazar la deducción de un gasto por servicio de diseño arquitectónico e imponer sanción por inexactitud. La Sala mantuvo la legalidad de dichos actos, porque consideró que los costos y deducciones incurridos en el desarrollo de una obra contratada bajo la modalidad de administración delegada le corresponden al mandante o contratante del servicio, pues el mandatario, al actuar por cuenta de aquel, funge como un simple intermediario al que le reembolsarán las erogaciones que realizó en desarrollo del objeto del contrato. Así, concluyó que el gasto en cuestión constituyó una suma objeto de la obligación de reembolso entre mandante y mandatario, que no daba lugar a un gasto deducible para este, porque implicaría deducir el gasto de un tercero (el mandante).*

COSTOS Y GASTOS EN EJECUCIÓN DE CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA - Tratamiento tributario. Es el previsto para el contrato de mandato / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA – Naturaleza jurídica. Se clasifica como un contrato de mandato / CONTRATO DE MANDATO - Obligaciones del mandante. Reembolso al mandatario de gastos razonables causados por la ejecución del mandato y pago de la remuneración estipulada o usual.

Diferencia / PAGO DE REMUNERACIÓN AL MANDATARIO EN CONTRATO DE ADMINISTRACION DELEGADA - Tratamiento tributario. Para su perceptor constituye un ingreso gravado con el impuesto sobre la renta / REEMBOLSO DE GASTOS DEL MANDANTE AL MANDATARIO - Tratamiento tributario. No está gravado con el impuesto sobre la renta porque no constituye para el mandatario un ingreso susceptible de generar un incremento neto en el patrimonio / REEMBOLSO DE GASTOS DEL MANDANTE AL MANDATARIO - Naturaleza jurídica. Corresponde a un reembolso de capital por tratarse de una expensa incurrida por cuenta del mandante / COSTOS Y DEDUCCIONES POR CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA MEDIANTE CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA- Titularidad y tratamiento en el impuesto sobre la renta. Las erogaciones incurridas en desarrollo del contrato, siempre y cuando cumplan los requisitos legales, aminoran la base gravable del impuesto sobre la renta del mandante o contratante del servicio, no del administrador delegado / RETENCIÓN EN LA FUENTE A CONTRATISTA EN CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE OBRA MATERIAL DE BIEN INMUEBLE POR SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA – Base. La constituyen los pagos o abonos en cuenta constitutivos de honorarios / BASE DE RETENCIÓN EN LA FUENTE A CONTRATISTA EN CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE OBRA MATERIAL DE BIEN INMUEBLE POR SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA – Armonía con el tratamiento tributario en el impuesto sobre la renta de los costos y deducciones por la construcción de una obra mediante contrato de administración delegada / BASE GRAVABLE ESPECIAL Y LIMITACIÓN A LOS IMPUESTOS DESCONTABLES EN EL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA EN CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN – Armonía con el tratamiento tributario en el impuesto sobre la renta de los costos y deducciones por la construcción de una obra mediante contrato de administración delegada / DEDUCCIÓN DE EXPENSA O GASTO POR DISEÑO ARQUITECTÓNICO SUBCONTRATADO POR MANDATARIO O ADMINISTRADOR DELEGADO EN EJECUCIÓN DE CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA – Improcedencia. No se trata de un gasto de asesoría técnica deducible para el mandatario, sino de una cuenta por cobrar por concepto de reembolso de gastos a cargo del mandante / MODIFICACIÓN O CAMBIO HACIA EL PASADO DE EFECTOS TRIBUTARIOS DE NEGOCIO JURÍDICO – Improcedencia. Las partes no tienen la potestad de modificar o intercambiar hacia el pasado los efectos tributarios de un negocio jurídico, con relación a un periodo ya concluido / INCLUSIÓN DE COSTOS Y DEDUCCIONES POR CONSTRUCCIÓN DE UNA OBRA MEDIANTE CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA EN DECLARACIÓN DE RENTA DEL MANDATARIO O ADMINISTRADOR DELEGADO – Improcedencia

Problema Jurídico: *¿La demandante tenía derecho a deducir del impuesto sobre la renta del año gravable 2011 la expensa por el diseño arquitectónico que subcontrató en ejecución de un contrato de administración delegada para la construcción de una planta?*

Tesis: “[E]l tratamiento tributario de los costos y gastos incurridos en la ejecución de un contrato de administración delegada se concreta en el previsto para el contrato de mandato; tanto así, que el artículo 29 del Decreto 3050 de 1997 (hoy codificado en el artículo 1.2.4.11 del Decreto 1625 de 2016, único reglamentario), inscribe al contrato de administración delegada en la categoría de contratos de mandato. Esta disposición y el artículo 3.º del Decreto 1514 de 1998 (codificado en el artículo 1.6.1.4.9 *ibidem*), preceptúan que le corresponde al mandante declarar los costos y deducciones originadas en las erogaciones que por cuenta de él efectuó el mandatario, para lo cual debe contar con la certificación que este le expida, avalada por contador o revisor fiscal. Por otra parte, según el ordinal 2.º del artículo 2184 del Código Civil, es obligación del mandante frente al mandatario «reembolsarle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato»; esa obligación, propiamente una prestación, es distinta a la que también tiene el mandante de «pagarle la remuneración estipulada o usual», conforme al ordinal 3.º del mismo artículo 2184. Así, son prestaciones diferenciadas desde el punto de vista contractual el «reembolso de gastos» y el pago de la remuneración y, en armonía con ello, también arrastran consecuencias tributarias disímiles. La remuneración pactada constituye un ingreso tributario gravado con el impuesto sobre la renta para su perceptor, el mandatario; mientras que el reembolso de gastos del mandante al mandatario no está gravado con el impuesto sobre la renta, porque no constituye para el mandatario un ingreso susceptible de generar un incremento neto en el patrimonio, pues técnicamente corresponde a un «reembolso de capital» en los términos del artículo 17 del Decreto 187 de 1975 (codificado en el artículo 1.2.7.1.7.1 del DUR), por corresponder a una expensa incurrida por cuenta del mandante. El ingreso para el mandatario será, estrictamente, la remuneración pactada, como podría ser el honorario o la utilidad, y a ella no se integran las sumas constitutivas de reembolso de gastos, las cuales no dan lugar a ingreso, pero tampoco a un costo o gasto para el mandatario. En conclusión, considera la Sala que, en el contrato de administración delegada para la construcción de una obra, los costos y deducciones generados por las erogaciones incurridas en desarrollo del contrato, siempre y cuando cumplan con los correspondientes requisitos legales, aminoran la base gravable del impuesto sobre la renta del contratante, no del administrador delegado. A su vez, este contratista o mandatario percibirá a título de ingreso la remuneración acordada por

ejecutar su labor de administración delegada, rubro que es distinto y no se confunde con el reembolso de gastos. El anterior tratamiento guarda armonía, por una parte, con el artículo 2.º del Decreto 1809 de 1989 (codificado en el artículo 1.2.4.4.9 del DUR), en cuanto preceptúa que la retención en la fuente que le efectúe el contratante al contratista tendrá por base los pagos o abonos en cuenta constitutivos de honorarios «en los contratos de construcción de obra material de bien inmueble por el sistema de administración delegada», y, por otra parte, con la base gravable especial y limitación a los impuestos descontables que establece el artículo 3.º del Decreto 1372 de 1992 (codificado en el artículo 1.3.1.7.9 del DUR) respecto del IVA en los contratos de construcción (...). 5- Con miras a resolver la litis planteada de acuerdo con las consideraciones expuestas a manera de premisa mayor en el fundamento jurídico nro. 3, se tiene que los costos y deducciones incurridos en el desarrollo de una obra contratada bajo la modalidad de administración delegada le corresponden al mandante o contratante del servicio, pues el mandatario, al actuar por cuenta de aquel, funge como un simple intermediario al que le reembolsarán las erogaciones que realizó en desarrollo del objeto del contrato. Resultan coherentes con ese régimen legal las estipulaciones contractuales del negocio jurídico de administración delegada celebrado por la actora, las cuales dejan en claro que las erogaciones en que incurrió, en calidad de mandataria, eran objeto de la obligación de reembolso de gastos a cargo de la contratante o mandante, por lo cual no se trataría de costos o gastos propios (...). Con fundamento en ambos postulados –i.e. los legales y los contractuales–, la Sala juzga que la actora le dio en el año 2011 un tratamiento equivocado a la erogación debatida, cuando en ese año, según el libro auxiliar aportado, registró dicha expensa en sus cuentas de resultados como un gasto (cuenta contable 511035 «asesoría técnica») y no exclusivamente en sus cuentas de balance (como una cuenta por cobrar al mandante). Lo anterior porque jurídicamente la erogación en cuestión constituyó para el año gravable 2011 una suma objeto de la obligación de reembolso entre mandante y mandatario, que no daba lugar a un gasto deducible para este, por cuanto estaría deduciendo el gasto de un tercero (el mandante). La anterior conclusión no se ve afectada por el contenido del documento privado sin fecha denominado «aclaración del documento privado» (f. 257 vto. cp1), aportado al plenario. La valoración probatoria que efectúa la Sala de ese medio le lleva a establecer que, aunque no esté fechado, en ningún supuesto podría ser anterior al 28 de agosto de 2012, porque, como se trataría de un texto aclaratorio, forzosamente tendría que ser posterior al documento objeto de aclaración, que señaladamente es el contrato de administración delegada en la versión modificada del 28 de agosto de 2012, momento para el cual la demandante ya habría presentado la declaración del impuesto sobre la renta revisada, lo cual ocurrió el 12 de abril de 2012 (f. 6 cp1). Ante esas circunstancias, es del caso aclarar que las partes no cuentan con la potestad de modificar o intercambiar hacia el pasado los efectos tributarios de un negocio jurídico, con relación a un periodo ya concluido. Así, no había lugar a que el gasto del mandante, que según las estipulaciones contractuales vigentes para el año gravable 2011 debía serle reembolsado al mandatario, se reconvirtiera, por virtud de un acuerdo celebrado en un año posterior, en un gasto propio del mandatario o contratista. Asimismo, en el marco de dicha tipología contractual, el ingreso que recibió la demandante correspondió a los honorarios acordados con su contraparte contractual (\$656.000.000), sin que ellos estén integrados por los costos o gastos de ejecución, pues, se reitera, estos corresponden al contratante o mandante.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 27 de mayo de 2021, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 05001-23-33-000-2014-00466-01 \(24502\).](#)

SECCIÓN QUINTA

Se confirmó la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto de elección del alcalde municipal de Manaure en La Guajira.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del alcalde municipal de Manaure en La Guajira, aduciendo que está incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, debido a que un hermano del demandado ostenta el cargo de rector de la Universidad de La Guajira. La Sala confirmó la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto de elección del señor alcalde del municipio de Manaure (La Guajira), al encontrar acreditados los elementos que configuran la causal de inhabilidad alegada.*

INHABILIDAD DEL ALCALDE POR PARENTESCO CON AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Elementos objetivo y espacial o territorial / ELEMENTO OBJETIVO / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA – Configuración

Problema Jurídico: *El problema jurídico se contrae a determinar, de conformidad con los recursos de apelación interpuestos y sustentados oportunamente por (i) el demandado y por (ii) el actor señor Carlos Mario Isaza Serrano si existe mérito para confirmar, revocar o modificar la sentencia de 15 de enero de 2021, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de La Guajira declaró la nulidad del E-26 ALC de 7 de noviembre de 2019, por el cual se declaró la elección del señor Juan José Robles Julio, al considerar que se encontraba incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 4º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.*

Tesis: “La Sala no se detendrá en los elementos de parentesco ni de temporalidad, en tanto el Tribunal los encontró probados y no existe cargo en la apelación en cuanto a éstos. (...). [S]e evidencia que el accionado al momento de materializar sus aspiraciones para convertirse en burgomaestre de Manaure, su hermano le antecedió en el desempeño de Rector de la Universidad de La Guajira. (...). [P]ara la Sala Electoral es claro que el rector de la Universidad de La Guajira sí detenta claras e importantes funciones que encajan en el concepto de autoridad administrativa desde la capacidad de representatividad del ente universitario en todos los niveles, pasando por las propuestas de reglamentaciones generales en todos los temas que atañen e interesan a la comunidad académica, tanto en su ámbito interno como de relaciones con otros. (...). En ese orden de ideas, la Sala advierte que, a la luz del criterio funcional, el hermano del demandado al fungir como rector de la Universidad de La Guajira, ejerció autoridad administrativa, en razón a las atribuciones y competencias laborales que de conformidad con el manual de funciones y los estatutos generales tiene asignadas, acorde al contexto que prevé el artículo 190 de la Ley 136 de 1994. Sin perjuicio de lo anterior, uno de los argumentos de apelación de la parte demandada es que el Rector de la Uniguajira no ejerce función pública general sino especial y focalizada y, por ende, a juicio del accionado, sin proyección o espectro exógeno, el cual para la Sala no resulta de recibo, por cuanto el ejercicio de actos de mando y poder, la capacidad de contratación, la facultad de ordenación del gasto, la potestad de llevar a cabo procesos disciplinarios y de sanciones de la misma estirpe, le permiten desplegar actos de autoridad y todas aquellas potestades propias de su competencia, así que en el caso de las universidades públicas, este aspecto es de manifestación bifronte, toda vez que recae en el aspecto interior de la comunidad académica (autoridad endógena), pero resulta irrefutable su incidencia hacia el exterior (manifestación exógena) al conglomerado que acude a la entidad universitaria que a su vez irradia a la sociedad y al electorado, como se indicó por la visión y la misión expansiva de las capacidades académicas, que convergen a todos los grupos humanos, sobre todo cuando se es rector de una universidad pública debido a su notoriedad dentro del conglomerado social. (...). Finalmente, la Sala observa que si bien el artículo 66 de la Ley 30 de 1992 dispone que el rector es la primera autoridad ejecutiva, como lo replica el artículo 29 de los Estatutos universitarios de la Uniguajira, ello no implica (...) que aquel no sea un funcionario público, con claras competencias de autoridad administrativa, (...) por cuanto la norma estatutaria en mención, (...) permite que se regulen las condiciones y supuestos de sus autoridades directivas, que para el caso del rector indica expresamente lo siguiente: “en el ámbito de competencia es responsable de la gestión académica y administrativa, y debe adoptar las decisiones necesarias para el desarrollo y buen funcionamiento de la institución” (art. 29 idem), lo cual impide demeritar o reducir la función de rector a una exclusiva función de autoridad ejecutiva y, menos, luego de haber visto, párrafos atrás, las atribuciones asignadas a aquel, que son un reflejo exacto de altas atribuciones de autoridad administrativa”.

Aclaración de voto del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra

NULIDAD ELECTORAL - Efectos *ex tunc* y *ex nunc*

Tesis: “[L]a aclaración parte de considerar algunos aspectos relacionados con los efectos predicables de las sentencias de nulidad electoral. (...). En efecto, por años y desde hace tiempo, la jurisdicción contencioso administrativa ha transitado por los efectos de los fallos, “desde siempre” o *ex tunc* o desde ahora o *ex nunc*, dependiendo del análisis que, de cara a la situación judicializada y bajo criterios de razonabilidad, el operador jurídico advierta y considere la mejor, aunque ha sido innegable, con fundamentos de sobra, la predilección y preponderancia de los efectos *ex tunc*, en el entendimiento de que la declaratoria de nulidad afecta los elementos de la esencia y la existencia del acto administrativo y que como tal su nacimiento estuvo viciado ab initio. Aunado a que predicados los efectos *ex tunc* de una sentencia de nulidad del acto, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de hacer expresa mención de estos, ha sido abanderada en proteger las situaciones jurídicas consolidadas y los derechos adquiridos y de dar aplicación a otras figuras jurídicas, para que a partir de ellas no se afecten algunos aspectos de la causa que se juzga, excluyéndolos de la consecuencia de retrotraer todo al estado anterior por el predicamento de que el acto anulado nunca existió. Pero no por ello puede indicarse que los efectos del fallo *ex tunc* hayan mutado a *ex nunc*, pues el acto anulado se advierte viciado en sus elementos de la esencia y de existencia y, de ahí, la necesidad de procurar porque las cosas vuelvan al inicio, esto es al momento anterior a la expedición del acto que se anula, retro trayendo aquello que física y jurídicamente sea posible y viable. (...). Así las cosas, dado que el fallo de nulidad electoral no es ajeno a lo que ocurre respecto de los demás medios de control que recaen sobre la legalidad del acto administrativo, constituye un despropósito anquilosarse en la tesis de que los efectos del fallo sean de una y otra tendencia (*ex tunc* o *ex nunc*), pues con ello se demerita el alcance tanto del medio de control como del papel del juez, siendo este último el llamado a determinar qué efectos considera, se avienen a los principios de eficacia, eficiencia y seguridad jurídica. (...) Con lo anterior, [se pretende] dejar en claro que, (...), es el juez quien determina los efectos que debe imbuir al fallo, dependiendo de lo que en criterios ponderados y de razonabilidad, considere que resulta acorde a derecho y, tratándose del juicio electoral, que confluya con los propósitos democráticos, manteniendo y respetando los principios electorales, sin dejar de lado la fuerte y ponderada posición de los efectos *ex tunc*, dentro de la hermenéutica de la jurisdicción contencioso administrativa y del Consejo de Estado, para los fallos que se pronuncian sobre la legalidad del acto administrativo, tesis que tampoco puede hacer mella en la potestad del juez de modular los efectos del fallo, en caso de considerarlo necesario, como [se explicó] a partir de ejemplos concretos que han sido decantados por el Consejo de Estado a lo largo de su historicidad jurisprudencial.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 29 de julio de 2021, C. P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 44001-23-40-000-2019-00175-02.](#)

1. Se declaró la nulidad del acto de elección del gobernador del departamento de La Guajira.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del gobernador del departamento de La Guajira, aduciendo que incurrió en la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo. La Sala declaró la nulidad del acto de elección del gobernador del departamento de La Guajira toda vez que se acreditó la causal de inhabilidad alegada.*

DOBLE MILITANCIA POLÍTICA – Configuración en la modalidad de apoyo por manifestación del demandado en evento público / DOBLE MILITANCIA POLÍTICA – Configuración en la modalidad de apoyo al suscribir pacto con un candidato diferente al de su colectividad

Problema Jurídico: *Consiste en establecer, si la elección del señor Nemesio Raúl Roys Garzón como gobernador de La Guajira debe o no ser anulada, al haber presuntamente incurrido en la prohibición de doble militancia estatuida en los artículos 107 de la Constitución Política, 2° de la Ley 1475 de 2011 y 275.8 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que, durante la campaña electoral que precedió su designación, supuestamente apoyó, acompañó y/o ayudó a las candidaturas de los señores Gerardo Abel Cujia Mendoza y Euclides Manuel Redondo Peralta, a las alcaldías de Uribia y Riohacha respectivamente.*

Tesis: “En efecto, aunque los mencionados ciudadanos y los terceros impugnadores de la demanda de manera reiterada indicaron que el pacto en mención fue una simple muestra de apoyo del señor Euclides Manuel Redondo al demandado y la aceptación por parte de éste de la adhesión a su candidatura, el referido documento va más allá, esto es, no es la mera aquiescencia de un candidato con el programa de gobierno de otro, sino una propuesta de trabajo construida a dos manos, en la que los firmantes asumieron ante electorado compromisos puntuales en el evento que ambos, no sólo uno de ellos, fueran elegidos, con lo cual se insiste, salta a la vista el propósito de obtener votos para las dos candidaturas, no sólo para una de ellas como lo

quieren hacer ver. (...). Por lo tanto, cuando los candidatos exponen ante la ciudadanía aspectos concretos de las acciones que emprenderían en el caso de ser elegidos, están dando a conocer parte de sus programas de gobierno, asuntos de la esencia de sus candidaturas, por lo que el referido pacto no constituyó un documento sin valor en la contienda electoral, todo lo contrario, dio cuenta de la construcción conjunta de propuestas para convencer al electorado, que fueron diseñadas y presentadas de manera mancomunada por aspirantes de diferentes colectividades políticas del nivel municipal y departamental. (...). Todo esto para subrayar, que no resulta acertado predicar que el pacto por la transformación por Riohacha suscrito por el demandado y el señor Euclides Manuel Redondo Peralta constituye un mero documento sin transcendencia en la carrera por obtener el respaldo para ser elegidos gobernador de La Guajira y alcalde de la mencionada ciudad. (...). Así las cosas, al elaborar, firmar y presentar el demandado el referido pacto [por la transformación Riohacha] con un candidato diferente al de su colectividad, emana claro la intención de obtener para los dos el respaldo ciudadano, y por tanto, de apoyarse mutuamente en su aspiración electoral, desconociendo el señor Roys Garzón que en su intención de manifestar respaldo a alguna candidatura, tenía un deber de lealtad con su colectividad, que inscribió su propio candidato para la Alcaldía de Riohacha, con quien tenía la posibilidad de trabajar de la mano para elaborar su futuro plan de desarrollo y así mostrarlo ante la comunidad y no, suscribir documentos relacionados con los acuerdos programáticos con candidatos ajenos a su agrupación. En conclusión, a juicio de la Sala se encuentra acreditado que el demandado con la suscripción y presentación del "Pacto por la Transformación de Riohacha, entre Euclides "Quille" Redondo" y Nemesio Roys Garzón", apoyó la candidatura del primero a la alcaldía del señalado municipio."

Salvamento de voto del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra

DOBLE MILITANCIA POLÍTICA – La suscripción del "Pacto de transformación por Riohacha" corresponde a un acuerdo programático en el que no hay ninguna expresión de apoyo personal

Tesis: "En relación con esta declaración conjunta [Suscripción del "Pacto de transformación por Riohacha", junto con el candidato a la alcaldía de Riohacha], tampoco [se estima] que se trató de un respaldo directo, puntual y concreto al candidato a la alcaldía de Riohacha, (...), pues, como puede examinarse, en su texto, no hay ninguna expresión de apoyo personal, subjetivo, individual, en favor de dicha candidatura, sino una coincidencia programática que tiene por finalidad concretar en el futuro, si llegaren a ser elegidos, varias iniciativas de gobierno, para promover el desarrollo y el progreso de la ciudad. (...). Esta aseveración [de la ponencia] no solo resulta equivocada, sino que convierte un "acuerdo programático", cuyo propósito es expresar la coincidencia con una agenda de gobierno, materializada en acciones dirigidas al bien común y al interés general de la comunidad, en un instrumento irregular, cuando lo que siempre se ha censurado, es ese apoyo individual y egoísta basado en acuerdos puramente burocráticos o clientelistas, que suelen otorgar los candidatos, lo cual envilece y desnaturaliza la actividad de los partidos y movimientos políticos, en detrimento de la democracia. Así entonces, recibir un respaldo político, cuando existe identidad con el programa de quien brinda dicho respaldo, no puede ser objeto de reproche, ni mucho menos constitutivo de doble militancia política, pues, es desconocer que, en la contienda política, la lucha por las ideas son las que deben primar sobre los intereses personales. Ahora bien, visto este asunto desde la óptica de la praxis política, lo mínimo que aspira un candidato a la alcaldía que ofrece un respaldo a un candidato a la gobernación, sobre la base de un apoyo programático, es que el futuro burgomaestre cumpla lo acordado, incorporando las distintas iniciativas en su plan de desarrollo, lo cual, bien puede hacerse bajo una promesa verbal de que así se hará en el futuro, o con la suscripción de un documento por ambos, que fue lo que aconteció en el presente caso. De ahí que, la firma del documento programático, denominado "Pacto por la transformación de Riohacha", no puede interpretarse como un respaldo personal del señor Nemesio Raúl Roys, al señor Euclides Manuel Redondo, sino como una coincidencia sobre un conjunto de acciones gubernamentales en favor del progreso social y el desarrollo del municipio, que trasciende toda individualidad y el interés de los candidatos. (...). En este orden, todo el discurso sobre el voto programático, nada tiene que ver con la conclusión a la que se arribó en esta providencia, cual es, que se configuró la doble militancia y que, por tanto, debe procederse a anular la elección. Se insiste en que la firma del documento "Pacto por la transformación de Riohacha" no contiene ninguna expresión de respaldo personal, directo y específico al candidato a Euclides Manuel Redondo y, más bien, se estructuró como una forma de honrar la palabra y asegurar que, las ideas del candidato a la alcaldía no serían burladas, en tanto, tendrían cabida en el programa de gobierno del futuro gobernador."

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 1º de julio de 2021, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2020-00018-00.](#)

3. Se declaró la nulidad del acto de elección del representante principal de las comunidades negras en el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cesar - CORPOCESAR.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del representante principal de las comunidades negras en el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cesar – CORPOCESAR, alegando que (i) el demandado fue elegido sin reunir los requisitos y calidades exigidos por la ley y los reglamentos; y, (ii) que el acto de elección demandado se expidió de manera irregular. La Sala declaró la nulidad del acto acusado luego de considerar que en la expedición de dicho acto, se desconoció la aplicación del enfoque diferencial étnico en la medida que ocho (8) consejos comunitarios fueron excluidos de la votación al no tener como válidas las certificaciones expedidas por las alcaldías municipales, siendo que sí lo eran y ha debido entenderse que el presidente es quien funge realmente como representante legal.*

ENFOQUE DIFERENCIAL – Deber de aplicación por parte de las autoridades administrativas y judiciales / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CESAR – Desconocimiento del enfoque diferencial étnico por parte del Comité de Revisión y Evaluación / NULIDAD ELECTORAL – Se declara la nulidad de la elección del representante principal de las comunidades negras ante el consejo directivo de CORPOCESAR por vicios en el procedimiento de elección

Problema Jurídico: *Determinar si el acto de elección del señor JOSE TOMÁS MÁRQUEZ FRAGOZO como representante principal de las comunidades negras en el consejo directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cesar - CORPOCESAR para el período 2020-2023, contenida en el Acta No. 01 de 13 de febrero de 2020 está viciado de nulidad, con fundamento en lo previsto en los artículos 275 numerales 4 y 5 y artículo 137 del CPACA.*

Tesis: “[P]ara la Sala el Comité de Revisión de CORPOCESAR desconoció la aplicación del enfoque diferencial étnico, al no tener como válidas las certificaciones expedidas por las alcaldías municipales y armonizarlas o darle completitud con las actas de las asambleas extraordinarias que adosaron los propios consejos comunitarios, en los que quedaba claro que quien fungía como “presidente” lleva la representación legal de aquellos. Esa omisión impidió que ejercieran su derecho de elegir a la persona que los representaría ante el Consejo Directivo del ente autónomo y ello evidencia una irregularidad que incidió en el proceso de elección del demandado, pues fueron ocho (8) los consejos comunitarios excluidos de la votación, teniendo una afectación sustancial en el resultado y, por ende, es ineluctable que ese actuar preparatorio impactó de manera trascendental al acto de elección demandado. (...). De acuerdo con las consideraciones de esta providencia, la Sala declarará la nulidad de la elección del señor (...), como representante principal de las comunidades negras ante el consejo directivo de CORPOCESAR, al constatar que: i) La exclusión de la postulación de señora María Beatriz Torres Díaz como representante de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de la Corporación Regional del Cesar –CORPOCESAR-, por parte del consejo comunitario “ENUEMIA MARGARITA HINOJOSA GONZÁLEZ”, se produjo de forma irregular, pues el Comité de Revisión y Evaluación, basó su decisión en que “Tampoco cumple con el requisito de allegar el documento en el cual conste la designación de miembro de la comunidad postulado como candidato. Literal c), artículo 2.2.8.5.1.2. D. 1076 de 2015”, cuando dicho requisito sí fue cumplido al momento de la inscripción, como consta en los antecedentes aportados por la Corporación. Lo mismo acontece con el supuesto incumplimiento en adosar la “certificación expedida por el alcalde municipal correspondiente en la que conste la ubicación del Consejo Comunitario, la inscripción de la junta y de su representante” del literal a) ejusdem, como se indica en el siguiente predicado. ii) La decisión tomada por el Comité de Revisión y Evaluación, el 5 de febrero de 2020 de excluir a los consejos comunitarios representados por los señores María Beatriz Torres Díaz, Ana Beatriz Puerta Polo, Deiner Gutiérrez Guerra, Julio Alberto De La Hoz Fontalvo, Lorena Sanguino Ortiz, Elkin Daniel Rojas Parra, Luz Damelys Maestre Gil y Jaime Luis Cuadro Vásquez, desconoció la aplicación del enfoque diferencial étnico, al no tener como válidas las certificaciones expedidas por las alcaldías municipales, máxime, cuando los consejos demostraron con las actas de las asambleas extraordinarias que el denominado “presidente” es quien funge realmente como representante legal, impidiendo que ejercieran su derecho de elegir a la persona que los va a representar ante la junta directiva de la Corporación. Acorde con lo anterior, encuentra la Sala Electoral que por vicios en el procedimiento de elección que resultan trascendentes en la expedición del acto de elección demandado, se impone declarar la nulidad de la elección del señor JOSÉ TOMÁS MÁRQUEZ FRAGOZO en calidad de representante principal de las comunidades negras en el Consejo Directivo de CORPOCESAR, para el período 2020-2023.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 3 de junio de 2021, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-28-000-2020-00053-00.](#)

4. Se confirmó la sentencia que negó las pretensiones anulatorias del acto de elección del alcalde del municipio de Facatativa, Cundinamarca.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del alcalde municipal de Facatativá, Cundinamarca, aduciendo que el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia pues siendo miembro del concejo municipal de Facatativá en el cual fue elegido por el Partido Liberal, se presentó a la siguiente elección como candidato a la alcaldía del mismo municipio, pero por un partido distinto. La Sala confirmó la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda en la medida que se acreditó que el demandado presentó la renuncia al partido liberal con la antelación suficiente para que no incurriera en la prohibición de doble militancia.*

DOBLE MILITANCIA POLÍTICA – Por ser miembro de una corporación pública y presentarse a la siguiente elección por otro partido, sin haber renunciado / RENUNCIA DE CONCEJAL – Se materializa al momento en que manifiesta por escrito su voluntad de apartarse de su investidura a partir de una fecha determinada / DOBLE MILITANCIA POLÍTICA – No configurada en tanto la renuncia se presentó por fuera del período inhabilitante

Problema Jurídico: *La Sala determinará si el demandado incurrió en doble militancia política, por el hecho de que la renuncia a su curul se haya aceptado al fenecimiento del lapso de doce meses que la ley consagra para no incurrir en la inhabilidad, o si bastaba con la mera presentación de la misma para entender satisfecho el presupuesto legal sobre el particular.*

Tesis: “La redacción del enunciado transcrito [artículo 53 de la Ley 136 de 1994] da lugar a colegir que la renuncia de un concejal se produce, esto es, se materializa, al momento en que manifiesta por escrito su voluntad de apartarse de su investidura, a partir de una fecha determinada. (...). [L]a norma es clara en señalar que la carga del dimitente se agota en el momento mismo de la manifestación que en ese sentido presenta, sin condicionamiento expreso o tácito a su aceptación. Sin embargo, en criterio de la Sala, (...) la aceptación de la renuncia es un requisito esencial para la separación efectiva de la dignidad que ostenta un miembro de una corporación pública. (...). [L]a fecha en que la renuncia se hace efectiva debe comprender la antelación de doce meses de que trata la norma para que no se configure la prohibición de doble militancia política, pues no es admisible que quien quiera apartarse del partido que lo avaló, así como de la curul que ocupa, pretenda diferir los efectos de su renuncia a una fecha posterior o del periodo que establece la ley para no incurrir en una situación de inelegibilidad, ya que con ello continuaría en el ejercicio de la dignidad y, por lo tanto, incurriría en doble militancia política. (...). En ese orden, tanto la presentación de la renuncia a la curul, como la fecha a partir de la cual esta produce efectos, debe contemplar la antelación de doce meses previos al inicio de las inscripciones para la próxima elección, de conformidad con el inciso segundo del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011, toda vez que si tales efectos se difieren a una fecha posterior, se configuraría la doble militancia política. Así mismo, la aceptación de la renuncia debe producir efectos desde la fecha en la que el concejal señale en su escrito, pues por expresa previsión del artículo 53 bajo cita, esta se causa desde el momento “a partir de la cual se quiere hacer.” Con ello, a su vez, se evita que la aspiración política del interesado quede sometida al arbitrio de la corporación pública, puesto que se trata de un trámite posterior a cargo de la Duma municipal que, por supuesto, es completamente ajeno al alcance de quien renuncia, por lo que la eventual mora en la aceptación no puede endilgarsele. (...). [S]i el demandado pretendía presentarse a esta elección por un partido distinto, debía renunciar a su curul en el Concejo Municipal de Facatativá a más tardar el 26 de junio de 2018. El señor Aldana Dimas renunció el día 25 de junio de 2018, con efectos a partir de esa fecha, a su curul en el Concejo Municipal de Facatativá por el Partido Liberal Colombiano, de tal manera que la dimisión se produjo con la antelación prevista en la Ley para que no incurriera en la prohibición de doble militancia. Del mismo modo, el Concejo Municipal de Facatativá aceptó la renuncia el 3 de julio de 2018, fecha que, si bien rebasó los doce meses para que no se configure la prohibición de doble militancia, lo cierto es que los efectos de la misma se produjeron a partir del 25 de junio de 2018, por lo que (...) no se concretó la prohibición endilgada al demandado”.

Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araujo Oñate

CURUL – Renuncia debe presentarse con antelación suficiente

Tesis: “En consideración a que en la *ratio decidendi* se determinó que la aceptación de la renuncia de los miembros de las corporaciones de elección popular debe ser aceptada por la дума para que cese toda relación con el partido o movimiento político al que se pertenece, (...), la providencia debió destacar que con el fin de evitar que quienes se encuentran en dicha condición incurran en la prohibición de doble militancia, les compete presentar su dimisión con la antelación suficiente, a fin que el cuerpo colegiado la acepte dentro de los parámetros constitucionales y legales, esto es, con 12 meses de anticipación al primer día de inscripciones para los nuevos comicios. Esto en atención al tiempo que de acuerdo con la ley se entiende aceptada la renuncia, que es el mismo lapso que razonablemente requiere la corporación de elección popular para enterarse de la renuncia y adelantar la gestiones pertinentes para aceptarla, (...), gestión que debe ser prevista por quienes pretenden presentarse a futuras elecciones por colectividades políticas distintas a las que los respaldaron para obtener una curul y respetar el plazo mínimo de 12 meses de que trata el artículo 2° de la Ley 1475 de 2011 a fin de no incurrir en la prohibición de doble militancia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 22 de julio de 2021, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 25000-23-41-000-2019-01089-01.](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. El vencimiento de los plazos previstos en la ley para el trámite de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, de ninguna manera conlleva la terminación del proceso ni la cancelación o el levantamiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas

Síntesis del caso: *La Sala de Consulta y Servicio Civil dirimió un conflicto de competencias administrativas suscitado entre un juzgado de Familia y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), relacionado con un proceso administrativo de restablecimiento de derechos de una niña en condición de discapacidad, en el que el defensor de familia aplicó la excepción de inconstitucionalidad de los incisos 5, 6 y 7 del artículo 6 de la Ley 1878 que modificó el artículo 103 de la Ley 1098 de 2006.*

APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PARA AMPLIAR O SUSPENDER LOS TÉRMINOS DEL PARD – Efectos / VENCIMIENTO DE LOS TÉRMINOS EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS – Efectos

Problema Jurídico: *“¿Qué efectos tiene la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente a las normas legales que establecen los términos del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, y señalan, como efecto de su incumplimiento, la pérdida de competencia?”*

Tesis: “Ahora bien, independientemente de que el defensor de familia del Centro Zonal Usme haya optado por utilizar el mecanismo de la excepción de inconstitucionalidad para ampliar o suspender los términos del PARD, y mantener su competencia, con el fin de proteger los derechos de la niña, los efectos relativos e inter partes de esta figura impiden que dicha decisión pueda considerarse obligatoria o vinculante para las demás autoridades administrativas o judiciales que, posteriormente, deban revisar las actuaciones del defensor de familia, o adoptar otras decisiones en el curso del procedimiento administrativo, inclusive, para resolver los conflictos de competencia que puedan presentarse en desarrollo de aquel. En ese sentido, dados los citados efectos de la excepción, debe concluirse que las normas legales que señalan los plazos del PARD y establecen, como consecuencia de su vencimiento, la pérdida de competencia, continúan vigentes en el ordenamiento jurídico, y siguen siendo obligatorias para todas las autoridades y los particulares. Es importante recordar que el vencimiento de los plazos previstos en la ley para el trámite del PARD conlleva, como efecto, la pérdida de competencia de la autoridad (administrativa o judicial) que lo venía conociendo, pero, de ninguna manera, la terminación del proceso administrativo ni, mucho menos, la cancelación o el levantamiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas. Por ende, la autoridad que debe asumir el conocimiento recibe la actuación en el estado en que se encuentre, y le corresponde seguirla tramitando, hasta dictar la decisión que sea procedente sobre la situación jurídica del niño o adolescente involucrado”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto del 20 de mayo de 2021, C.P. Oscar Darío Amaya Navas, radicación 11001-03-06-000-2021-00009-00\(C\)](#)

Aclaración de voto del consejero Germán Alberto Bula Escobar

ACLARACIÓN DE VOTO / PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS ADELANTADO EN FAVOR DE UN NIÑO, NIÑA, ADOLESCENTE EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Excepción de inconstitucionalidad para garantizar la continuidad de una medida de protección / MENOR DE EDAD EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Sujeto con doble protección constitucional

Problema Jurídico: *¿la excepción de inconstitucionalidad para garantizar la continuidad de la medida de protección, en el caso concreto, configuró una acción afirmativa?*

Tesis: “Como la Ley 1878 de 2018 fijó un término improrrogable de 18 meses «contados a partir del conocimiento de los hechos por parte de la autoridad administrativa» para los procedimientos administrativos en mención, incluida su etapa de seguimiento, la defensoría de familia acudió a la excepción de inconstitucionalidad con el propósito de evitar la suspensión o terminación de la medida de protección, y en el entendido de que tendría como efecto la suspensión del término fijado por la Ley 1878. Aclaro mi voto en relación con la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por cuanto en el caso concreto la medida de

protección cuya continuidad se buscó garantizar había sido impuesta en favor de un menor en condición de discapacidad, por lo cual se trata de un sujeto con doble protección constitucional: i) por ser menor; y ii) por su condición de discapacidad. Esa doble protección, además, se circunscribe a los derechos fundamentales de estas personas, que son prevalentes por disposición del artículo 44 de la Carta, y que obligan al Estado a brindarles protección especial dada su vulnerabilidad por razones físicas o mentales, según lo dispuesto en el artículo 13, inciso tercero, de la Carta. Por consiguiente, en la decisión de la Sala hizo falta profundizar sobre la necesidad y oportunidad de la decisión de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, y sus consecuencias, en el caso concreto. [...] La excepción de inconstitucionalidad para garantizar la continuidad de la medida de protección, en el caso concreto, configuró una acción afirmativa –o de discriminación positiva [...].”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto del 20 de mayo de 2021, C.P. Oscar Darío Amaya Navas, radicación 11001-03-06-000-2021-00009-00\(C\), S.V. Germán Alberto Bula Escobar](#)

2. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) puede realizar las compensaciones y descuentos que están a su cargo, aun en los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud (EPS)

Síntesis del caso: La Sala de Consulta y Servicio Civil emite un concepto por medio del cual señala la *“participación y las facultades de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante ADRES) en los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud (en adelante EPS)”*.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) – Proceso de compensación / ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) – Reclamación de los recursos adeudados por parte de las entidades promotoras de salud o instituciones prestadoras de servicios de salud en liquidación / LIQUIDADOR DE UNA EPS – Cubrimiento de los recursos adeudados a la ADRES

Problema Jurídico 1: *¿La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud está obligada a presentar reclamaciones ante las entidades promotoras de salud o instituciones prestadoras de servicios de salud en liquidación, en los plazos que determinen los agentes especiales liquidadores?*

Tesis 1: “Para dar cumplimiento al art. 12 de la Ley 1797 de 2016 y cubrir los recursos adeudados a la ADRES de manera previa a la aplicación de la prelación de créditos a los acreedores, el liquidador de una EPS debe realizar, en un período máximo de 6 meses contados a partir del acto administrativo que ordena la liquidación, la identificación de las deudas que se tengan con esa entidad. Lo anterior, de conformidad con la reglamentación de la Resolución 574 de 2017, del Ministerio de Salud y Protección Social. Dentro del referido período, la ADRES debe determinar los dineros que deben permanecer en su poder y reclamar los demás que le deben ser restituidos por la EPS en liquidación, de conformidad con los procesos de compensación o descuento que están a su cargo, en los términos expuestos en este concepto. Lo anterior, para que sean cubiertos por el liquidador antes de aplicar la prelación de créditos a sus acreedores y sin perjuicio de las observaciones, oposiciones y reclamaciones que, a su vez, puede y debe realizar el liquidador en nombre de la EPS en liquidación. Asimismo, el liquidador debe realizar las respectivas reservas de recursos financieros para el pago de los recursos que le corresponden a la ADRES y que hacen parte del SGSSS”.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) – Puede realizar las compensaciones y descuentos que están a su cargo, aun en los procesos de liquidación de las EPS

Problema Jurídico 2: *¿La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud está facultada para retener recursos que resulten a su favor de las entidades en liquidación y*

para compensar unilateralmente, sin la previa aceptación del agente liquidador, las obligaciones mutuas que existan con estas?

Tesis 2: “La ADRES puede realizar las compensaciones y descuentos que están a su cargo, aun en los procesos de liquidación de las EPS, en los términos y plazos analizados en este concepto. En consecuencia, la ADRES puede determinar y reclamar los recursos del SGSSS que, como resultado de las referidas compensaciones o descuentos, deben permanecer en su poder, aunque el liquidador no haya realizado las correspondientes reservas de los recursos financieros. Las actuaciones de la ADRES corresponden a actos administrativos, sujetos al control de legalidad. Los recursos del SGSSS que administra la ADRES no integran la masa de liquidación de la respectiva EPS y deben ser cubiertos de manera previa a la aplicación de la prelación de crédito de la entidad, de conformidad con lo previsto en el art. 12 de la Ley 1797 de 2016”.

GIRO DIRECTO – Medida cautelar de suspensión / LIQUIDADOR DE UNA EPS – Giro directo

Problema Jurídico 3: *Terminada la vigencia de la Resolución 6266 de 2019, ¿la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud tendría que girar a [...], en Liquidación, los recursos correspondientes a los giros directos que no se realizaron como consecuencia de la medida cautelar, o, por el contrario, se encuentra facultada para compensar con esos recursos, las obligaciones mutuas que tengan la entidad en liquidación y el Sistema?*

Tesis 3: “Si el liquidador levanta la medida cautelar de suspensión de giro directo, la ADRES deberá realizar estos giros en los términos señalados por el liquidador, en ejercicio de sus competencias legales. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene la ADRES para aplicar las compensaciones y descuentos, la cual se mantiene en los procesos de liquidación de las EPS, en los términos y plazos analizados en este concepto. No obstante, si luego de realizada la compensación, resultan valores en favor de [...], estos deberán ser girados por la ADRES, en las condiciones que determine el liquidador de la EPS, quien deberá adoptar las medidas que considere pertinentes.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 20 de mayo de 2021, C.P. Édgar González López, radicación 11001-03-06-000-2021-00019-00\(2461\).](#)